



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

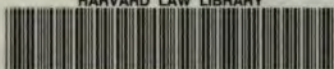
Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 771 588



HARVARD LAW LIBRARY

Received 'OCT 25 1921



1781

Germany

x

c

Die Lehre

von der

Erbeinsetzung ex certa re

von

Guido Padelletti,

Dr. iur.

Berlin, 1870.

Verlag von Puttkammer & Mühlbrecht.

Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft.

64 Unter den Linden.

+

11-17-21 10 1000-1011

OCT 25 1921

Buchdruckerei von Adolph Emmerling in Heidelberg.

V o r w o r t.

Die nachfolgende Abhandlung wurde von dem Verfasser zuerst in italienischer Sprache abgefasst und wird in dieser ursprünglichen Fassung in dem „Archivio giuridico“ publicirt werden. Zur Uebertragung und Veröffentlichung der Abhandlung in deutscher Sprache veranlasste den Verfasser die Erwägung, dass die Theorie, deren Widerlegung er versucht, in Deutschland entstanden und herrschende Meinung geworden ist. Wenn nun dieselbe auch vom gesetzgeberischen Standpunkt vielleicht gebilligt werden kann, so erscheint sie doch vom Standpunkte des Rechtshistorikers aus dem Verfasser unhaltbar zu sein und daher erlaubt er sich die Schrift in deutscher Sprache zu publiciren, im Vertrauen, dass etwaige stylistische Härten nachsichtige Beurtheilung finden werden.

Heidelberg, im October 1869.

Die Lehre von der Erbeinsetzung ex certa re.

Seit den Glossatoren bis auf unsere Tage ist die Streitfrage über die juristische Natur der Erbeinsetzung ex certa re im römischen Recht von Zeit zu Zeit aufgetaucht. Keiner aber der modernen Rechtsgelehrten hat die Controverse in solchem Umfange und mit solcher Sorgfalt behandelt, wie vor wenigen Jahren Dr. Carl Neuner jetzt Professor der Rechte an der Universität zu Kiel¹⁾, dessen Meinung sogleich von vielen Lehrern des römischen Rechts, unter anderen auch von dem in Deutschland und im Auslande mit Recht berühmten Prof. v. Vangerow, angenommen wurde²⁾. In der Ueberzeugung jedoch, dass diese neue Meinung nur den Schein der juristischen Eleganz hat, und im Grunde mit dem Wortlaute der Quellen und nicht weniger mit dem Geiste des Erbrechts, wie die Römer es verstanden haben, in vollem Widerspruch steht, habe ich es für der Mühe werth erachtet, den Gegenstand nochmals einer neuen und genauen Prüfung zu unterwerfen.

Ehe ich jedoch auf die Sache selbst eingehe, muss ich erklären, dass ich in Betreff des Materials und der Literatur der Erudition dieser Juristen, für die Anregung zu neuer

1) Die heredis institutio ex re certa. Eine civilistische Abhandlung von Dr. Carl Neuner. Giessen, 1853 (S. XX—556).

2) v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekt. 2, 449 (7te Aufl. 1867). Vering, röm. Erbr. in histor. und dogmat. Entwicklung. Heidelb. 1861. S. 309 f. Arndts Lehrb. der Pandekt. 498 (6te Aufl. 1868).

Forschung ihrem Scharfsinne sehr viel zu verdanken habe. Auch will ich einige Worte über den allgemeinen Charakter der Neunerschen Schrift voranschicken, so wie über die Art und Weise, die ich selbst für die Behandlung der Frage vorgezogen habe.

Neuner wiederholt mehrmals in seinem Buche, er habe nur die Absicht gehabt, die verschiedenen Fälle, welche die *institutio ex re certa* betreffen, juristisch zu construiren. Es ist nun schon von Ihering bemerkt worden, dass die Ausdrücke „organische Rechtsentwicklung“ und „juristische Construction“ die Lieblingsausdrücke der heutigen Jurisprudenz geworden sind³⁾. Es ist wahr, dass sie, wie er sagt, den ganzen Umschwung der deutschen Wissenschaft in ihren beiden Richtungen bezeichnen können, aber es ist nicht weniger wahr, dass dem Worte nicht immer die Sache selbst entspricht und sogar jenes öfters nur dazu dient, das Mangelhafte dieser zu verdecken. Was besonders die „juristische Construction“ betrifft, so ist es nicht zu leugnen, dass die modernen und subjectiven Rechtsanschauungen sehr oft in der Behandlung des römischen Rechts die objectiven Begriffe verdunkeln. Man vergisst, dass die römischen Juristen nicht bloss das Wort besaßen, indem sie sich *iuris conditores* nannten, sondern die Juristen aller Zeiten in der Theorie und in der Kunst weit übertrafen. Es versteht sich von selbst, dass auch in den Fällen, die uns jetzt beschäftigen werden, das, was die Modernen „juristische Construction“ nennen, ihnen nicht fehlen konnte. Der Irrthum, in den Neuner und vor ihm viele Andere, insbesondere Bartolus, verfallen sind, besteht darin, dass sie diese Construction in den Fragmenten des *corpus iuris* nicht erkannten und ihre eigene substituiren wollten. Obgleich die Neunersche Combination ohne Zweifel viel consequenter erscheint, als die übrigen, so ist auch sie dennoch sammt den übrigen als

3) Geist des r. R. 2, 340 (2te Aufl.).

ein Irrthum der Interpretation zu betrachten und zu verwerfen.

Es besteht in der That ein grosser Unterschied zwischen der eigentlichen Interpretation, welche die Juristen, deren Schriften von dem Kaiser Justinian bestätigt wurden, mit grosser wissenschaftlicher Freiheit vornehmen konnten, und zwischen der Auslegung, an die wir heute gebunden sind, sobald die justinianische Gesetzgebung ein juristisches Institut bestimmt und über die verschiedenen Fälle, die sich darauf beziehen, ausdrücklich entscheidet. Es ist klar, dass wir uns in diesem letzteren Falle auf eine genaue Unterscheidung und Erklärung der verschiedenen Gesetze beschränken müssen. Denn das *corpus iuris* ist, wo das gemeine Recht noch Geltung hat, als ein Gesetz zu betrachten und nach Justinians Versicherung müssen wir von der Voraussetzung ausgehen, dass Schwierigkeiten und Widersprüche nur scheinbar sind⁴⁾. Eine „juristische Construction“, d. h. eine höhere und unabhängigere Interpretation kann nur da Statt finden, wo zwischen den Gesetzen ein wahrer und unversöhnlicher Widerspruch besteht, oder wenn neue Rechtsverhältnisse und neue Fälle entstehen, die von dem Gesetzgeber nicht geregelt wurden. Es ist aber wohl zu beachten, dass wir dazu erst dann berechtigt sind, wenn es gewiss ist, dass diese Lücke durch die Bestimmungen des *corpus iuris* nicht ausgefüllt werden kann⁵⁾.

Gerade diesen allbekannten Interpretationsregeln scheint Neuner nicht treu geblieben zu sein und anstatt die einzelnen Fälle zuerst zu erörtern und aus dieser Prüfung das leitende Princip zu schöpfen, ist er meiner Ansicht nach von einer

4) „*Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae quaerelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem*“ Const. Tanta. 15.

5) Vgl. Keller, Pand. §. 15. Windscheid, Pand. §. 26. Anm. 4.

vorgefassten Meinung ausgegangen und hat zwei in der Entstehung und Behandlung ganz verschiedene Rechtsinstitute vermischt. Ich habe mir im Gegentheil auf den folgenden Seiten die Aufgabe vorgesetzt, die Arten der institutio ex re certa genauer festzustellen und zu charakterisiren, als es bis jetzt geschehen ist. Die schwierige Arbeit der Analyse muss immer der Kühnheit der Synthese vorangehen, wenn wir einen festen Boden gewinnen wollen, um darauf die Theorie und die Construction der neuen Fälle gründen zu können. Auf diesem Wege habe ich mich überzeugen müssen, dass der Kaiser hier ganz Recht hatte (was ihm freilich nicht immer geschieht), und dass die angeblichen Widersprüche viel weniger ihm als den heutigen Juristen zuzuschreiben sind.

Die von unseren Quellen gegebenen Fälle der Erbinsetzung in bestimmten Sachen sind nun die folgenden:

- I. Es wird ein einziger Erbe instituiert und dieser ex re certa.
- II. Es werden mehrere Erben instituiert und alle ex certis rebus: in welchem Falle es nothwendig ist, zu unterscheiden, ob
 1. die Erben in Theile bestimmter Sachen, oder
 2. jeder in eine bestimmte Sache eingesetzt werden.
- III. Es werden ein oder mehrere Erben ex rebus certis neben gehörig Instituirten ernannt. ●

Gehen wir zur Prüfung der verschiedenen Fälle über.

I.

Den ersten Fall haben ins Auge gefasst und entschieden

„Ulpianus libro primo ad Sabinum. Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione“ (Dig. XXVIII 5, 1, 4) und

„Papinianus libro sexto responsorum. Non videri cum vitio factam substitutionem his verbis placuit: „ille filius meus si (quod abominor) intra pubertatis annos decesserit, tunc in locum partemve eius Titius heres esto“, non magis quam si post demonstratam condicionem sibi heredem esse substitutum iussisset: nam et qui certae rei heres instituitur coherede non dato bonorum omnium hereditatem obtinet.“ (Dig. XXVIII 6, 41, 8.)

Mit diesen ist zu verbinden die Stelle von

„Licinnius Rufinus libro secundo regularum. Si ita quis heres institutus fuerit: ‘excepto fundo, excepto usu fructu heres esto’ perinde erit iure civili atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est.“ (Dig. XXVIII 5, 75 [74].)

Der Begriff der hereditas nach den Grundsätzen des alten römischen Rechts ist Jedermann bekannt. An vielen Stellen belehren uns die Juristen, dass sie als etwas Selbstständiges betrachtet wurde, dass sie ‘defuncti vice fungebatur, defuncti personam sustinebat’, und also ein juristischer Begriff war, der nicht bloss die materiellen Güter, sondern Forderungen und Schulden, alle nicht ausschliesslich persönliche Verbindlichkeiten des Verstorbenen umfasste. Diese persona ging also ipso iure an die heredes necessarii, mit der Antretung an die extranei über, und es ist bekannt, dass es gleichgültig war, ob das Passiv- das Aktivvermögen überstieg, und dass die Hilfsmittel gegen die Nachtheile, die der Erbe dadurch erleiden konnte, nur verhältnissmässig spät gefunden worden sind. Es ist höchst wahrscheinlich, dass man nach diesem ursprünglichen Gedanken in den Testamenten comitiis calatis oder in procinctu nur einen Erben zu ernennen pflegte, der durch die Einheit seiner Person der Einheit der Familie entsprach und dass er allein mit den onera und mit den Vermächtnissen belastet wurde. Dies scheint, nach Neuners richtiger Bemerkung, durch die singuläre Lage des familiae emptor im Testament per mancipationem der späteren Zeit

bestätigt zu werden.⁶⁾ Eine Aenderung aber in den allgemeinen Ideen über die Einheit des Erben ist schon in der Aenderung der Lage dieses familiae emtor ersichtlich, der mit der Zeit zu einer unbedeutenden Person herabsank und bloss 'dicis gratia propter veteris iuris imitationem' gebraucht wurde:⁷⁾ man kann die Vermuthung von Leist annehmen, dass diese Aenderung eben deshalb geschah, damit die Ernennung mehrerer Erben dem Erblasser möglich würde.⁸⁾ Man sieht, dass schon früh im Volke die Meinung entstand, nach welcher mit der Einheit und Untheilbarkeit der familia, mit dem ius universum defuncti die Einsetzung mehrerer Erben vereinbar erschien, d. h. mehrerer Personen, welche den Verstorbenen zusammen verträten und nicht einmal einzelne Sachen, sondern einen ideellen Theil des ius universum, welches nur durch das schon von den XII Tafeln erwähnte iudicium familiae erciscundae realisirt wurde, bekommen sollten. Nur wenn man mit den Erb-rechtsprincipien anderer von der Natur mit juristischem Sinn weniger ausgestatteten Völker einen Vergleich anstellt, erkennt man die Feinheit dieses Uebergangs, bei welchen der Grundsatz passend modificirt und doch festgehalten wurde.

Der Erblasser durfte also schon in älterer Zeit mehrere Universalerben einsetzen entweder sine partibus, in welchem Falle sie als zu gleichen Theilen eingesetzt betrachtet wurden, oder in bestimmten Theilen, wie zum Beispiel den Einen ex triente, den Anderen ex besse. Ob auch ein geschichtlicher Process in dieser Unterscheidung Statt gefunden hat, ob man nämlich, wie es denkbar ist, mit der Einsetzung mehrerer Erben ohne Erwähnung von Quoten angefangen hat, und später vielleicht durch die Real- oder die Verbalconjunction einiger Erben zu dem Begriffe der Theilung in unciae ge-

6) Gai. II, 103.

7) Ibid.

8) Leist, Bonorum possessio, 1, 151.

kommen ist, lässt sich schwer bestimmen und ist für die gegenwärtigen Frage ziemlich gleichgültig. Es steht jedoch fest, dass die Einheit der Erbschaft bis dahin in keiner Weise verletzt worden war, denn es wurde immer den verschiedenen Erben eine ideelle Portion zu Theil.

Ganz anders aber verhielt sich die Sache im Falle einer Erbeinsetzung Eines oder Mehrerer in bestimmte Erbschaftsachen, weil jene Einheit immer verletzt wurde, und in den meisten Fällen, wo nämlich nach der Einsetzung eines oder mehrerer Erben in bestimmte Sachen noch ein Theil der Erbschaft ohne irgend eine Verfügung zurückblieb, sich der andere nicht weniger alte und wichtige Grundsatz entgegenstellte, dass „*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*“⁹⁾ Denn die Sachen, über die keine Verfügung getroffen wurde, corpora, Schulden und Forderungen, konnten weder den Erben, die vom Erblasser auf die *res certae* beschränkt waren, noch den Intestaterben, von denen im Fall der Existenz eines gültigen Testaments keine Rede war, zufallen. Eine solche Einsetzung musste also consequenterweise *vitiös* und ungültig sein und nach strengem Recht das ganze Testament vernichten. Dennoch wurde diese Entscheidung, welche uns die natürlichste scheinen würde, im römischen Recht verworfen. Die *institutio heredis ex certa re* oder *excepta re* wurde im Gegentheil als gültig betrachtet, wie wenn die Sache im Testament nicht einmal erwähnt wäre. Wo ist nun der Grund für eine solche Gunst zu finden, die einer offenbar ab initio *vitiösen* Einsetzung zu Theil wurde? Wer ihn in eben jenem von der Verfügung verletzten Grundsatz der Untheilbarkeit und Einheit der Person und der Erbschaft suchen wollte, würde sich gewiss irren. Um diesen Grundsatz zu retten, war es ganz gleichgültig, ob man den einen oder den anderen Weg

9) Cic. de invent. 2, 21. Dig L 17, 7.

nahm; dasselbe Ziel wurde ebenso gut erreicht, wenn der Mangel der Form geheilt und eine regelmässige Einsetzung angenommen wurde, als wenn man das Testament für ungültig erklärte und die Intestaterbfolge an seine Stelle trat. Es genügte schliesslich, damit diese Einheit nicht gestört würde, dass einer oder mehrere Erben die Person des Verstorbenen vertraten, aber ohne Rücksicht auf den Delationsgrund. Die ratio sollte also eine andere sein und bestand meines Erachtens in der eigenthümlichen Weise, nach welcher die alten Römer die zwei Arten der Erbfolge, der testamentarischen und der gesetzlichen, ansahen.

Sehen wir von den heutigen juristischen Begriffen über die Natur des Erbrechts ab, so werden wir viel besser den Vorzug anerkennen und verstehen, der stets im alten Rom von dem Volke und von den Juristen, von der Gewohnheit wie von der Wissenschaft, der testamentarischen Erbfolge gegeben wurde. Das ist erstens durch die Ordnung selbst sowohl der Gesetze als der Schriften der älteren Juristen erwiesen. Eine der dürftigen Nachrichten, die wir über die Ordnung der zwölf Tafeln besitzen, ist die, dass die testamentarische Autonomie der Intestaterbfolge voranging¹⁰⁾. Das Edict der Prätores folgte derselben Ordnung¹¹⁾, und dasselbe war der Fall in den sogenannten Sabinussystemen, die alle von den Testamenten anheben, um an die Intestaterbfolge zu gelangen¹²⁾ und endlich in den gaischen Institutionen¹³⁾. Wenn es wirklich in der allgemeinen Meinung begründet gewesen wäre, dass die Intestaterbfolge die Regel und das Testament eine Ausnahme sein sollte, so würde wenigstens in den systematischen Werken eine umgekehrte Ordnung Statt gefunden haben. Zweitens sprechen die clas-

10) Dig. XXVIII 6, 1 pr.

11) Ibid. Vgl. Rudorff, Edict, perpet. § 145, 159.

12) Leist, Versuch einer Gesch. der röm. Rechtssyst. Taf. 1.

13) Gai. II, 96 ff. III, 5 ff.

sischen Juristen sehr bestimmt diesen Vorzug aus. Ulpian sagt in seinem 46ten Buche ad edictum: „Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur¹⁴⁾“ und Paulus in seinem 10ten Buche der quaestiones „Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur¹⁵⁾“. Aus diesem wiederholten Vorgange in der Gesetzgebung und in der Wissenschaft ergibt sich deutlich, was für ein Werth auf den letzten Willen der Bürger gelegt wurde, und dass nur dann die Intestaterbfolge möglich war, wenn irgend eine Aeusserung des Willens des Verstorbenen ganz und gar fehlte. Die tabulae testamenti wurden also als ein besserer Titel an die Vertretung seiner Persönlichkeit angesehen als der Wille des Staats. Die Verfügung des pater familias für den Fall seines Todes, wie seine potestas bei Lebzeiten waren in den Augen der alten Römer etwas Heiliges, vor welchem das zurücktreten sollte, was den Späteren als Forderung der Gerechtigkeit erschien. Man findet in der That im Anfang des Staates keine Beschränkung der Testirfreiheit; denn die formelle Verpflichtung die sui einzusetzen oder zu exherediren ist in keiner Weise als eine solche anzusehen. Dass diese Behauptung nicht übertrieben ist, wird Jeder eingestehen, der an die feste Organisation der alten Familie denkt.

Nicht nur im Anfange der Republik, sondern lange nachher war die Familie ein wahrer Staat im Staate. Die väterliche Gewalt über das Vermögen und die Personen war ebenso unbeschränkt wie die des Beamten in der Republik oder, besser zu sagen, wie die des alten Königs. Denn wenn auch nach der Vertreibung der Könige eine gewisse Beschränkung durch die kurze Amtsdauer, die vermehrte Zahl der Beamten und das gegenseitige Intercessionsrecht in dem Staate eingetreten war, so blieb doch der Vater im Hause

14) Dig. XXVIII 2, 39.

15) Dig. L 17, 89.

absoluter Herr wie der alte König und wurde höchstens durch die öffentliche Meinung und durch den Rath seines dem ursprünglichen Senate ähnlichen *consilium* gebunden. Sein Wille war ein Gesetz für die Mitglieder der Familie und blieb auch ein solches nach seinem Tode und nach der Auflösung dieser Familie. Der Wille, der sich in die Zukunft ausdehnte, hiess *testamentum*. Der Staat durfte darin nichts ändern: er konnte höchstens durch gewisse Formen die wahre Aeusserung dieses Willens garantiren, und im Falle, dass der Vater von seinen Rechten keinen Gebrauch gemacht hatte, eine subsidiäre Erbfolge bestimmen; aber das Testament blieb Gesetz sowohl der Familie als der Gemeinde gegenüber.¹⁶⁾

Das ist in den berühmten Worten der XII Tafeln ausgedrückt „*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*“. Es ist allerdings möglich, wie schon von Vielen bemerkt wurde, dass in der früheren Zeit die Väter die Familiengüter nicht oft den natürlichen Descendenten entzogen, dass die Testirer von ihrem Recht vorzugsweise im Kreise der Familie und der gens Gebrauch machten, dass endlich seit dieser Zeit eine gewisse Idee des Miteigenthums der Söhne am väterlichen Vermögen¹⁷⁾ vorhanden war; nichtsdestoweniger sollte das Recht des Vaters ausser diesem Kreise zu verfügen so wenig in Zweifel gestellt werden, als sein Recht alles bei Lebzeiten zu verschenken oder zu verschwenden. Damals erschien gewiss dieser *color insaniae*, den das *Centumviralgericht* später ent-

16) In diesem Sinne ist der andere Grundsatz zu verstehen „*Testamenti factio non privati, sed publici iuris est*.“ Dig. XXVIII. 1, 3. Deshalb scheint mir auch die Meinung von Becker R. A. II 1, 368 flg., Lange, R. A. 1, 36, Walter R. G. 2, 598 und anderer, dass die Curien im Testament *calatis comitiis* nur als Zeugen auftreten, viel angemessener als die entgegengesetzte Mommsen's R. G. 1, 153 (5te Aufl.). Ihering's Geist d. r. R. 1, 145 (2te Aufl.) und Vering's, 140 flg.

17) Vgl. Gai. II, 157.

decken sollte, als unbegreiflich. Mit einem Worte, die Idee der Rechte des *paterfamilias* wurde viele Jahrhunderte hindurch von der Idee der Liebespflichten, des „*officium pietatis*“ nicht bloss nicht überwunden, sondern nicht einmal berührt.

Mit dem Verfall der Sitten, mit der socialen und politischen Revolution am Ende der Republik wurde diese absolute Herrschaft in immer engere Grenzen eingeschränkt, aber die hohe Bedeutung des Willens des *paterfamilias* bewahrte dennoch der Intestaterbfolge gegenüber einen grossen Einfluss auf das Recht und auf die Jurisprudenz. Sie allein war der innere Grund der so zahlreichen Eigenthümlichkeiten, die sich in der testamentarischen Erbfolge kundgeben, und ohne sie unerklärlich wären. So lässt sich dieser *favor testamentorum* erklären, der von den röm. Juristen so oft erwähnt wird und wonach z. B. gewisse Bedingungen, die ausreichten ein Rechtsgeschäft unter Lebenden zu vernichten, in einem Act des letzten Willens als *non scriptae* betrachtet wurden. Sogar die alten von den *leges*, *Furia*, *Voconia* und *Falcidia*, eingeführten Beschränkungen der Vermächnisse waren, wie man sehr treffend bemerkt hat, darauf gerichtet, den Willen des Erblassers vielmehr zu sichern, als zu beschränken, indem man dadurch verhindern wollte, dass die Verfügung wegen des Mangels der Antretung hinfällig würde.¹⁸⁾ Von diesem Gesichtspunkte aus bietet auch die vielbesprochene Regel „*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*“ keine grosse Schwierigkeit dar.¹⁹⁾ Das Testament als eine Aeusserung des Willens des Verstorbenen, der der Natur nach untheilbar ist, und als ein particulares Gesetz, welches *ius faciebat*, schloss selbstverständlich, so lange es bestand und bestehen konnte, den Begriff und die Thatsache

18) Keller, Pandekt. 576.

19) Diese Frage wurde vielfach und mit grossem Scharfsinne von den modernen Juristen behandelt. S. besonders Huschke im Rhein. Museum f. Jurispr. 6 (1834), wo die älteste Litteratur angeführt wird, und Lassalle, das Syst der erworb. Recht. 2, 488 fig.

einer gesetzlichen Erbfolge aus. Darum erschien die Co-existenz dieser beiden Erbfolgen, der einen, die dem Willen des *paterfamilias*, der anderen, die dem Willen des Staats ihren Ursprung verdankte, den röm. Juristen als ein absurdum und Pomponius konnte einfach sagen, dass „*earum rerum naturaliter inter se pugna est.*“ Wie hätte es nun als etwas Widersinniges angesehen werden können, wenn beide Erbfolgen auf demselben Grund, auf dem Willen der Gemeinde, beruht hätten? Wer jetzt diese Regel nur schwer verstehen kann, der geht von dem modernen Begriff der heutigen in den Staat völlig absorbirten Familie aus. Aus demselben Grunde erklärt sich die Erhaltung des Testaments wider die Einsetzung eines Erben *ex certa re*, die den allgemeinen Grundsätzen gemäss ein wesentliches *vitium* gewesen wäre. Das Testament sollte um jeden Preis aufrecht erhalten werden, ehe man zur Intestaterbfolge überging, ohne Rücksicht auf den persönlichen Willen des Erblassers, ob er dieses *vitium* absichtlich oder nicht in das Testamentum eingeschoben hätte. Diesen Gesichtspunkt müssen wir in der Untersuchung der verschiedenen Fälle der *institutio ex re certa* immer festhalten.

Man muss sich aber wohl hüten, diesen bestimmten *favor testamentorum* mit dem Streben nach Erhaltung des wahrscheinlichen und präsumtiven Willens des Erblassers zu verwechseln. Es ist eine subtile, aber nothwendige Unterscheidung, weil es leicht ist, den Willen der Verstorbenen im Allgemeinen und den besonderen eines Erblassers in concreto miteinander zu vermischen. Man sagt gewöhnlich, der Fortschritt des Rechts habe darauf hingewirkt, dass vielmehr der Wille, als die Worte angesehen wurden, und dies ist richtig. Dieser Fortschritt hat in der That die bekannten Rechtsinstitute der *Codicille* und der *Fideicommisses* ins Leben gerufen, wobei nicht nur sehr wenige Formen verlangt werden, sondern immer der vermuthliche Wille entscheidet. In demjenigen Rechtsinstitute aber, das uns beschäftigt,

sind die Juristen von einem ganz andern Gesichtspunkte ausgegangen, wie wir in Folgendem beweisen zu können hoffen. Hier wird es genügen zu sagen, dass in der *institutio ex re certa* auf den ausdrücklichen Willen des Erblassers nur dann Rücksicht genommen wurde, wenn er mit der Aufrechterhaltung des Testaments vereinbar war. So war es in dem Falle, den wir zuerst erörtern, gewiss widersinnig zu sagen, man solle untersuchen, ob vielleicht der Erblasser, indem er einen einzigen Erben in eine bestimmte Sache einsetzte, die Absicht gehabt hätte, seine Intestaterben zu dem Uebrigbleibenden zu berufen. Man wollte nur seine „*mentis testatio*“ aufrechterhalten und strich die *rei mentio* aus, wie man die *adiectio* eines dies, oder eine resolutive Bedingung ausgestrichen hätte. Wir werden dasselbe in der ersten *species* des zweiten Falles sehen. Die Verwechslung dieser verschiedenen Tendenzen im röm. Recht hat die Unbestimmtheit der Lehre, wie sie von Donellus begründet ist, verursacht²⁰⁾. Wenn ein zu grosses Gewicht auf den subjectiven Willen des Erblassers gelegt wird, so wird es unmöglich, den Einwand zu widerlegen, dass in der Einsetzung eines Erben in eine *res certa* immer ein stillschweigender Wille zu Gunsten der Intestaterben enthalten ist. Diese Auslegung ist in der That viel natürlicher und consequenter als jene von Donellus, der Erblasser habe gewollt, dass seine Verfügung, insoweit es möglich wäre, gelten solle: und die Juristen nehmen sie in den ähnlichen Fällen der Soldatentestamente an, wo bekanntlich Alles von dem Willen abhängt. Im Falle dass

20) „*Voluntate nimirum testatoris id fit: qui voluit institutum heredem esse ex re certa, si posset: si non posset, saltem aliquo modo esse heredem Voluntate testatoris recte defenduntur omnia. Voluntas variatur circumstantiis. Voluntatis autem testatoris in hac institutione hac summa est: ut quantum et quatenus in hac institutione valere potest, tantum valeat. Comm. de iure civ. 6, 18, 18: 21. Comm. in Cod. Iust. ad tit. 24, l. 6. Cod. ad leg. penult. Quoties.*“

ein miles über einen Theil seines Vermögens keine Verfügung getroffen hat, wird dasselbe ab intestato deferirt²¹⁾. Wenn nun in den Soldatentestamenten „sola voluntas in testando spectatur“²²⁾ und dieses Princip zu Folgen führt, die den in den Testamenten der pagani angenommenen ganz entgegengesetzt sind, so ist es einleuchtend, dass die Grundsätze dieser letzteren ganz andere sind, dass nicht „sola voluntas spectatur“. Diese natürliche Consequenz, welche mit dem Zeugniß der Quellen im Widerspruch steht, kann man nur dann vermeiden, wenn man die oben angeführte Unterscheidung annimmt. Ich muss jedoch gestehen, dass eine solche Unbestimmtheit in dem Grundsatz der Theorie diesen ausgezeichneten Juristen gar nicht hindert, in der Anwendung den wahren Kern der Frage zu treffen und mit der gewöhnlichen Klarheit und Schärfe die Quellen zu interpretiren.

Wir müssen um so mehr die Erklärung verwerfen, die neulich von Neuner versucht wurde und die Grundlage seiner ganzen „juristischen Construction“ bildet.²³⁾ Seines Erachtens bestand der innere Grund, welcher die Römer bestimmte, die institutio ex re certa als gültig zu betrachten, in der hochstehenden und allgemein-bekannten Bedeutung, die Wort und Begriff von heres wegen der Pflichten des Erben dem Erblasser gegenüber bei den Römern haben sollten. Wir können hier ganz unberührt lassen, dass diese Erklärung nicht alle Fälle der institutio ex re certa klar zu machen vermag; aus anderen Gründen ist eine solche Meinung zu verwerfen. Es ist freilich die Wichtigkeit nicht zu leugnen, die der Begriff eines Erben in den Augen der alten Römer hatte, aber nur deshalb, weil gerade die Erinnerung dieses Erben die testamentarische Autonomie voraussetzte. Was aber die „dem Erblasser persönlich theueren

21) Dig. XXVIII 1, 6, Cod. VI 21, 2.

22) Inst. II 14, 5.

23) S. 28 fig.

Beziehungen und Verhältnisse“ anbelangt, von welchen Neuner spricht, die Fortsetzung nämlich der *sacra privata*, die *actio iniuriarum* wegen der dem Rufe oder der Leiche des Erblassers zugefügten Schmach, und die Rache des gewaltsamen Todes desselben, so ist es kaum nöthig zu bemerken, dass es ganz gleichgültig war, ob es sich um testamentarische oder gesetzliche Erben handelte. Hätte man nur hierauf Rücksicht nehmen sollen, so konnte das Testament seines wesentlichen Fehlers wegen umgeworfen werden, traten die Intestaterben mit denselben Pflichten ein, und die Ehre sowohl als die *sacra* des Verstorbenen waren in gleicher Weise gerettet. Was Neuner insbesondere hervorhebt, ist die Fortsetzung der *sacra privata*, „auf welche die Römer in alter Zeit, wie bekanntlich auf die *sacra* überhaupt, ein ganz ausserordentliches Gewicht legten.“ Es ist aber nicht weniger bekannt, dass die *sacra privata* nach der Autorität der *pontifices* selbst nicht einmal an der Person des Erben, sondern an Vermögen hafteten²⁴⁾, dass sie einen rein reellen Charakter trugen, wonach sie die Last derer wurden, die diese *bona* in irgend einer Weise nicht bloss durch Universal-, sondern auch durch Singularsuccession bekamen. Zu den *sacra privata* waren erstens die Erben, als die, welche dem Erblasser am nächsten standen, dann die Vermächtnisnehmer, denen „*maior pars familiae legata est*“, dann die Usucapienten, zuletzt die durch den Tod des Erblassers befreiten Schuldner berufen.²⁵⁾ Die Juristen also hätten ein Mittel erfunden, den Mangel des Testaments zu umgehen, um die *sacra privata* aufrecht zu erhalten, die in jedem Falle auf diejenigen übergingen, welche einen erheblichen Vorthail aus der Erbfolge gezogen hatten. Die Sache wäre

24) *Sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt.*“ Cic. de leg. 2, 21.

25) S. Savigny, Vermischte Schriften 1, 151 und die von ihm angef. Schriftsteller. Vgl. auch Lassalle a. a. O. 2, 30 57.

aber es erhellt aus ihren Worten, dass diese Lehre zu ihrer Zeit schon alt und unbestritten war. Von der *institutio excepta re* im Gegentheil wissen wir, dass sie bis zu Aquilius Gallus, dem bekannten Schüler des Q. Mucius Scaevola, hinaufsteigt, ja sogar schon von seinem berühmten Lehrer festgestellt sein musste: dies geht aus der Stelle von Paulus klar hervor. Es ist nun kein Anhaltspunkt vorhanden, um bestimmen zu können, ob die Fälle der Erbeinsetzungen *ex certa re* denen der Erbeinsetzungen *excepta re* vorangingen oder nachfolgten. Es wurde schon gesagt, dass zwischen den beiden Einsetzungen in Betreff ihrer juristischen Natur kein Unterschied besteht, indem beide dieselbe Ausnahme der Untheilbarkeit der *hereditas* enthalten. Die *ratio* der Entscheidung ist auch die nämliche, so dass wir mit einer gewissen Sicherheit sagen dürfen, die Theorie im Allgemeinen müsse sich schon im siebenten Jahrhundert der Stadt gebildet haben. Ihr Alter selbst ist ein anderer Beweis, dass sie auf der hohen Bedeutung der Testirfreiheit des Familienvaters beruht: denn diese hatte damals keine Schranke, als die rein formelle Pflicht der ausdrücklichen Einsetzung oder Enterbung der *sui* und die Praxis des *Centumviralgerichts* hatte noch nicht die Lehre der *Inofficiosität* ausgebildet.²⁸⁾

Wir müssen aber auf unseren Fall zurückkommen und sehen, in welcher Weise, wenn ein Einziger zum Erben in eine bestimmte Sache *coherede non dato* berufen wurde, die Aufrechterhaltung des Testaments möglich war. Wenn man den Grundsatz, dass zwischen den beiden Erbfolgen *naturaliter pugna est*, festhalten und zugleich die Verfügung nicht als ungültig erklären wollte, bestand das einzige Mittel dazu darin, die Erwähnung der bestimmten Sache nicht zu beachten und den Erben zur ganzen Erbschaft zu berufen. Die Sache ist ganz einfach: die *Intestat-*

28) Vgl. Arnold, *Cultur und Recht der Römer*. 429 fg.

erben, wie schon bemerkt wurde, konnten keinen Anspruch erheben, so lange ein Testament vorhanden war: von einem Vermächtnisse konnte keine Rede sein, denn es setzt immer einen Erben voraus, und kein anderer war eingesetzt worden; man legte also das ganze Gewicht auf das Wort *heres* und die *res certa* wurde gleich einer *conditio* und einem dies weggestrichen. So wird es ausdrücklich in den angeführten Stellen entschieden und ist keine weitere Erklärung nöthig. Ulpian stellt den allgemeinen Grundsatz auf, dass *valet institutio detracta fundi* mentione; Licinnius Rufinus bemerkt sehr richtig, es sei derselbe Grund, um das *vitium* des Testaments zu heilen, in dem Falle vorhanden, wo vom Erlassender eine *res certa* von der Erbschaft ausgenommen werde. Die Behandlung kann in der That keine andere sein, d. h. „*detracta fundi, usus fructus* mentione“²⁹⁾: Papinian endlich wendet mit grosser Schärfe den Grundsatz auf den Fall einer Substitution an. Es wird von Neuner sehr richtig bemerkt, dass es sich hier gar nicht um eine Anomalie, sondern um eine natürliche Folge der regelmässigen Grundsätze des *favor testamentorum* handelt.

II.

• Der zweite in den Digesten erwähnte Fall ist der, dass Mehrere eingesetzt werden können und Alle in bestimmte Sachen der Erbschaft. Auch dieser Punkt ist von den modernen Juristen nicht lebhaft bestritten worden und Alle kommen zu denselben praktischen Folgerungen. Nichtsdestoweniger ist es m. E. nothwendig, diesen Fall noch näher zu erörtern, weil zwei wichtige Stellen nicht genug beachtet worden sind.

29) Man hat mit Unrecht „*ex certo fundo, ex certo usu fructu*“ emendiren wollen. Eine solche Aenderung verlangt weder die Sache noch der Text. Neuner vertheidigt die Stelle sehr gut gegen die Auslegungen von Donellus und von Langebeck.

Die Hauptstelle in dieser zweiten Categorie ist die bekannte lex 35. Dig. de heredibus instituendis³⁰⁾.

„Ulpianus libro quarto disputationum. Ex facto proponebatur: [cum] quidam duos heredes scripsisset, unum rerum provincialium, alterum rerum Italicarum, et, cum merces in Italiam devehere soleret, pecuniam misisset in provinciam ad merces comparandas, quae comparatae sunt vel vivo eo vel post mortem, nondum tamen in Italiam devectae, quaerebatur, merces utrum ad eum pertineant, qui rerum Italicarum heres scriptus erat, an vero ad eum, qui provincialium. Dicebam receptum esse rerum heredem institui posse nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio iudicis familiae hercisoundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipietur. Verbi gratia pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti, verumtamen officio iudicis tenebuntur (continebitur?), ut unicuique eorum fundus, qui relictus est, adiudicetur vel adtribuatur. Unde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte agnosci debeat, et refert Papinianus, cuius sententiam ipse quoque probavi, pro hereditariis partibus eos adgnosceri aes alienum debere, hoc est pro semisse: fundos etenim vice praeceptionis accipiendos. Quare si forte tantum sit aes alienum, ut nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus institutiones istas ex re factas nullius esse momenti: et si forte Falcidia interveniens recisionem esset legatorum factura, sic officio iudicis recidit (recidi?) praeceptiones istas, ut non plus quisque eorum habeat quam esset habiturus, si legatum

30) XXVIII 5.

accepisset vel aliud vel etiam praeceptiones (praeceptione? praeceptionis?), quod si fuerit incertum, an Falcidia interventura sit, rectissime probatur officio iudicis cautiones esse interponendas. Cum haec ita sint, haec etiam institutio, de qua quaeritur, non est repellenda, si alius rerum provincialium, alius rerum Italicarum heres fuerit scriptus, officioque iudicis adtribuentur singulis res, quae adscriptae sunt, erunt tamen heredes ex aequis partibus, quia nulla pars adscripta est. Quae res facit, ut, si forte in aliis facultatibus plus sit (in Italicis forte quam in provincialibus), in aliis minus et aeris alieni ratio arguet, debeat dici imminutionem eandem fieri quam supra ostendimus: proinde et si aliis fuerint legata relicta, contributio admittenda erit.“

Es entscheiden ferner denselben Fall:

„Gaius libro quinto decimo ad edictum provinciale. Si certarum rerum heredes instituerit miles³¹⁾, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium certarum rerum, valebit institutio perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset.“ (Dig. XXVIII, 1, 17 pr.) und:

„Papinianus libro sexto responsorum. Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium. Iure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.“ (Dig. XXVIII 5, 79 [78] pr.)

Die Auslegung dieser Gesetze, die sich gegenseitig ergänzen und erläutern, bietet keine grosse Schwierigkeit, wenn

31) Obgleich hier von einem miles die Rede ist, wird sein Testament ausnahmsweise nach dem ius commune behandelt, Vgl. Neuner, S. 521 fig.

man den Grundsatz festhält, von dem wir ausgegangen sind. Man hat augenscheinlich in diesen Entscheidungen auf zwei verschiedene Dinge Rücksicht genommen. Man wollte erstens das Testament aufrecht erhalten, was, wie wir sagten, als der letzte Grund der ganzen *institutio ex re certa* zu betrachten ist. Die Einsetzung war auch in diesem Falle ungültig, selbst wenn alle *corpora* der Erbschaft zwischen den Erben getheilt worden waren, aber des *favor testamentorum* wegen „*rerum heres institui potest, nec est inutilis institutio*“. Zweitens aber haben die Juristen, ausser dieser Folge des allgemeinen Princip, noch auf etwas Anderes im Betreff des concreten Falles Rücksicht genommen. Aus der Behandlung der Sache in der *lex 1, 4 Dig. de hered. instit.* würde man die natürliche Folge ableiten können, man wolle auch in dem vorliegenden Falle die *mentio* aller bestimmten Sachen ausstreichen und alle Erben zu gleichen Theilen berufen. Die Sache aber verhält sich ganz anders. Ulpian, Gaius und Papinian sagen ausdrücklich, die unregelmässig Eingesetzten werden zwar *heredes æquis ex partibus*, doch bei der Theilung der Erbschaft bekommt Jeder die Sache oder das Grundstück, in welches er eingesetzt war. Gewiss muss diese Entscheidung, die sich übrigens dem allgemeinen Princip coordinirt und es nicht verletzt, ihren besonderen Grund gehabt haben. Der Grund besteht in der That in dem Wunsche, den ausdrücklichen Willen des Erblassers, insoweit es möglich, zu realisiren. Wir haben oben gesagt, dass der letzte Grund der Aufrechterhaltung der *institutio ex re certa* der Vorzug der testamentarischen Erbschaft war, und nicht gerade die Vollziehung des præsumptiven Willens des Erblassers; wir haben aber hinzugefügt, dass manohmal auf diesen ausdrücklichen Willen Rücksicht genommen werden konnte, wenn nämlich Beides möglich war. Die Entscheidungen Ulpian's und Papinian's bestätigen die Wahrheit dieser allgemeinen Bemerkung.

Im Falle, dass nur Einer in eine bestimmte Sache eingesetzt war, bestand zwischen der Aufrechterhaltung des ganzen

Testamentes und dem Willen des Erblassers eine absolute Unvereinbarkeit. In dem vorliegenden Falle dagegen war es, indem man die Erben als zu gleichen Theilen eingesetzt betrachtete, möglich, das Testament aufrecht zu erhalten und zugleich jedem die Sache oder den fundus, in den er eingesetzt war, als einfache Legate zuzusprechen: und zwar durch das Institut der Prælegate, welches das vorhandene Recht den Juristen darbot, und dessen besondere Natur eben darin bestand, dass der Erbe zugleich als Erbe und Vermächtnissnehmer erschien. Alle waren ungehörig instituiert: damit sie die einzelnen Sachen bekommen konnten, war es nothwendig, dass sie Erben wurden, und, damit sie, wenn sie Erben geworden waren, die bestimmten Sachen retiniren konnten, mussten sie als Prælegatäre behandelt werden. Diesen Weg schlugen in der That die römischen Juristen ein; Papinian erwähnt ausdrücklich das secundäre Ziel, welches sie sich neben dem Hauptziel vorgesetzt hatten, mit diesen Worten „arbitrium dividendæ hereditatis supremam voluntatem — sequi“; Ulpian und Gaius zeigen das juristische Mittel, wodurch dieses Ziel erreicht wurde: „fundos enim vice præceptionis accipiendos“. Das Uebrige ist nichts Anderes, als eine strenge Consequenz dieser Entscheidung. Da sie als wahré Erben und als zu gleichen Theilen Instituirte zu betrachten sind, versteht es sich von selbst, dass die Forderungen ipso iure zwischen ihnen getheilt werden, und dass sie verpflichtet sind, die Erbschaftschulden zu gleichen Theilen zu bezahlen. Wenn daher diese Schulden den ganzen Werth der Erbschaft erschöpfen, werden diese Einsetzungen nullius momenti, d. i., wie die Glossa bemerkt, sie sind nicht gerade null und nichtig, sondern das Substratum wird ihnen entzogen. Da sie zugleich Prælegatäre sind, müssen alle Regeln, die sich auf die Vorvermächtnisse beziehen, angewendet werden. Auch diese Vorvermächtnisse also sind dem Abzuge der quarta Falcidia unterworfen, wie die einfachen Legate, und diese Prælegatäre werden zu denselben Cautionen verpflichtet,

welche die Legatare stellen müssen, wenn es ungewiss ist, ob die quarta verletzt werden wird. Die lex 79 endlich schreibt auch ausser dem Abzuge der quarta vor, dass in diesem Falle die Regeln der *compensatio mutuum legatorum* Anwendung finden³²⁾. Dies alles ist selbstverständlich, und wir verweilen nicht länger bei diesem Punkte. Es ist nur noch zu bemerken, dass Neuner sich in Betreff dieser Prælegate die vergebliche Mühe gibt, zu beweisen, dass eine solche Entscheidung nur dann möglich war, wenn die Theorie der Fideicommisses schon in ihrer vollen Geltung war. Niemand wird leugnen, dass ein Prælegat schon seit den classischen Juristen in der Form eines Fideicommisses hinterlassen werden konnte³³⁾, und dass die alte Legatentheorie schon verdrängt war; aber dies ist für unseren Fall völlig gleichgültig. Es wäre nicht nothwendig, zu wiederholen, dass es sich in der ganzen Lehre der *institutio ex re certa* um eine Rechtsfiction handelt, dass immer von einem quasi die Rede ist; man kann also weder von einem wahren Vermächtniss noch von einem wahren Fideicommiss sprechen. Eine solche Rechtsfiction konnte sowohl unter der absoluten Herrschaft der vier *genera legatorum* als unter der der freien Formen aufgestellt werden³⁴⁾. Auf jeden Fall bleibt die Lehre der Prælegate und ihrer Folgen immer dieselbe, und nur dieses kann uns hier interessiren.

Wenn nun das Obige keinem Zweifel unterliegt, können wir von der Art und Weise, wie diese *Responsa* mit den folgenden zu vereinbaren sind, nicht dasselbe sagen.

„Ulpianus libro quinto ad Sabinum. Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Cornelianus, alter

32) S. über diese gegenseitige Compensation, ausser der lex 79, Dig. XXVIII 9, 15. XXXVI 1, 58, 2; und Buchholtz, Prælegate, 447 fig.

33) Buchholtz, cap. 10.

34) Neuner selbst gesteht S. 151 fig., dass die Worte „constitut“ der lex 79 und „dicebam receptum esse“ der lex 35 die Entscheidung des Falles viel höher hinaufrücken, als in die Zeit Ulpian und Papinians.

ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur.“ (Dig. XXVIII 5, 9, 13.)

„Paulus libro primo ad Sabinum. Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent, nec enim facile ex diversitate pretium³⁵⁾ portiones inveniuntur: ergo expeditius est quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset.“ (Dig. XXVIII 5, 10.)

Die modernen Interpreten scheinen an diesen Stellen keinen Anstoss genommen zu haben: denn sie ordnen sie mit einer einzigen Ausnahme der bekannten Entscheidung der lex 35 unter³⁶⁾. Wenn aber das Verhältniss dieser leges genauer in's Auge gefasst wird, ist es offenbar, dass sie nicht nur eine Vereinbarung nicht gestatten, sondern dass die einen die anderen ausschliessen, dass es sich um zwei verschiedene Fälle, um zwei verschiedene Entscheidungen handelt.

Stellen wir zunächst den wahren Sinn der zwei Gesetze fest. Der beiden gemeinschaftliche Charakter ist der, dass die Erben nicht jeder in eines oder in mehrere Grundstücke eingesetzt sind, sondern ex partibus eines oder mehrerer fundi. Auch in diesem Falle ist natürlich eine vitiöse Einsetzung vorhanden und wollen die Juristen ebenso wie in den schon besprochenen Fällen, das Testament aufrecht erhalten.

35) Eine Emendation der florentinischen Handschrift ist hier offenbar nothwendig. Die Vulgata, Haloander und Cuiacius lesen „praediorum“; Taurelli, dem Neuner folgt, „partium“, Th. Mommsen „pretii partium“.

36) S. Buchholtz, 252; Mühlenbruch-Glück, XL, 181; Neuner, 131 fig.; Löhr, 74; Arndts, am a. O.

deshalb noch sonderbarer, weil man, anstatt eine historisch parallele Entwicklung zu haben, einen ganz entgegengesetzten Process hätte. Denn wir wissen, dass die Idee der *sacra privata* ihre ursprüngliche Bedeutung schon gegen das Ende der Republik verloren hatte, und gerade in dieser Zeit kommt die *institutio ex re certa* zum Vorschein. Nicht nur spricht Gaius bei Gelegenheit der *usucapio pro herede* von 'veteres' und von entfernten Zeiten, sondern schon während der Republik bedeutete 'eine Erbschaft *sine sacris*' sprichwörtlich ein unverhofftes Glück²⁶⁾; ja Cicero beschreibt und beklagt die Versuche der Juristen, den Erben die Last der *sacra* zu entziehen. Wie nun dieselben Juristen die *institutio ex re certa* aufrecht erhalten wollten, um eben die *sacra* zu retten, ist unbegreiflich.

Als einen Beweis, dass nur die hohe Bedeutung der Erbenqualität und nicht die Aufrechterhaltung des Testaments oder des Willens des Erblassers der innere Grund der Entscheidung sei, führt Neuner die l. 19 Dig. de liberis et postumis an, in welcher seines Erachtens eine *exhereditatio certae rei* zu erkennen sei. Sollte man, sagt er, den Willen des Erblassers immer aufrecht erhalten, so würde es auch hier geschehen müssen. Wir werden später auf diese Stelle zurückkommen und beweisen, wie wenig begründet die Argumentation ist, welche Neuner darauf baut. Es reicht hin, hier zu bemerken, dass es sich allerdings in diesem Falle um die Vernichtung eines letzten Willens handelt, aber auch um eine Ausnahme, in welcher sich der immer fortschreitende Einfluss der öffentlichen Meinung über die Pflichten der Familienväter zeigt. Der *favor testamentorum* wird hier schon von dem *odium exheredationis*, das nachher zu den bekannten materiellen Beschränkungen der Testirfreiheit führen sollte, bekämpft und besiegt. Diese zwei Principien hatte Scaevola vor Augen und entschied zu Gunsten des

26) Festus s. v. *sine sacris*. Plaut. Capt. 4, 1, 8.

zweiten nach dem Grunde, dass die Enterbung absolut und ohne Bedingung sein muss, dass sie nicht „adiuvanda est.“ Dass es sich übrigens um eine blossе Ausnahme handelt, wird gerade durch die Worte „aliāque causā esse institutionis, quāe benignē acciperetur“ genügend bewiesen.

Nicht also auf die Ernennung eines Erben, wie Neuner annimmt, sondern auf die Abfassung eines Testaments haben die Römer grosses Gewicht gelegt. Dass sie diese Befugniss hochgehalten haben, davon liegen noch mehrere Beweise in den alten Schriftstellern und in der alten Gesetzgebung vor.²⁷⁾ Nach dieser erscheint die *testamenti factio* als ein Bestandtheil der bürgerlichen Dignität, die den Nichtbürgern und den durch eine Strafe Entehrten versagt wurde. Bloss aus diesem Gedanken, sind alle Auslegungen der Jurisprudenz, die mit dem Namen des *favor testamentorum* bezeichnet wurden, hervorgegangen.

Was die Zeit betrifft, wo diese Einsetzungen anfangen, als gültig betrachtet zu werden, so besitzen wir in denselben Stellen den Beweis, dass jene *benigna interpretatio* schon von der alten Jurisprudenz der Republik herrührt. Ulpian und Papinian erwähnen zwar nicht, welcher Jurist die Aufrechterhaltung der *institutio ex certa re* begründet hatte,

27) S. z. B. Horat. Sat. 2, 3, 181 „ . . . is intestabilis et sacer esto“: Plaut. Cureul. 1, 1. „Semper caveto ne sis intestabilis“: die XII Tafeln, „Qui se sieri testatier libri-pensve fuerit, in testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto.“ (VIII, 22 Schöll.) Man versteht, dass die Strafe für den Römer viel weniger darin bestand, dass „eius testimonium non recipiatur“, als darin, dass „nec ipsi dicatur testimonium et testamentum facere non possit.“ Gaius in Dig. XXVIII 1, 26 und Ulpian. eod. 18, 1. Vgl. auch die psychologische Construction des Cicer. in Tusc. Quaest. 1, 14 „Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare?“ Vgl. besonders Lassalle S. 22, 57 fg., der abgesehen von gewissen Uebertreibungen besser als Jeder andere den wahren Begriff des Testaments bei den Römern dargelegt hat.

5), u. die lex 17 (XXVIII, 1) sagen ausdrücklich, dass die *res certæ* in diesen Fällen die *corpora hereditaria* erschöpfen: in der einen bilden das cornelianische Grundstück drei Viertel, das livianische ein Viertel der *bona*, und dieser Umstand wird von dem Juristen betont, was ganz nutzlos gewesen wäre, wenn die Sache für die Entscheidung des Falles nicht ein gewisses Gewicht gehabt hätte; in der zweiten ist es unmöglich, ausser den städtischen und ländlichen Grundstücken und den *certæ res*, etwas Anders zu verstehen. Wird in der lex 79 (XXVIII, 5) auch Nichts darüber gesagt, dass die *bona materna* und die *paterna* das Vermögen des Erblassers erschöpfen, so sind wir doch berechtigt, aus der Identität der Entscheidung auf eine Identität des Falles zu schliessen. In den leges 9, 13 und 10 h. t. dagegen deutet nicht bloss kein einziges Wort darauf hin, dass die Grundstücke, von welchen die Rede ist, die einzigen in der Erbschaft sind, sondern Alles lässt das Gegentheil annehmen. Man mag sich den zweiten Fall denken wie man will, wird gewiss die von Sabinus als zu schwierig verworfene Berechnung als eine Willenspräsumtion in Betreff anderer *corpora hereditaria*, wenigstens der übrigbleibenden Theile der Grundstücke, angesehen. Wenn in dem ersten Falle keine andere Sache ausser dem *fundus Cornelianus* existirte, worin würde alsdann die Schwierigkeit liegen, die Sabinus veranlasst, den Fall „*expeditius*“ zu entscheiden? Das ganze Vermögen des Titius z. B. besteht in einem Landgute; er hinterlässt zwei Söhne und setzt den einen in ein Drittel, den anderen in zwei Drittel des Landguts ein. Sein Wille ist klar genug, seine *voluntas* ist *manifestissima*, und es bleibt nur übrig, die materiellen Theile in Erbportionen zu verwandeln. Wir sind also genöthigt, auch in der lex 10 die Existenz anderer *corpora hereditaria* anzunehmen.

Ausserdem erklären die Juristen den Grund der verschiedenen Entscheidungen, wenn nicht ausdrücklich, doch deutlich genug. Sabinus führt als den Grund seiner Entscheidung an,

dass die Auslegung des Willens des Verstorbenen grosse praktische Schwierigkeiten biete, wie die Worte „Si modo etc.“ beweisen; Papinian dagegen sagt in der lex 67, der Theilungsrichter solle dem ausdrücklichen Willen des Erblassers folgen. Der Unterschied besteht also in der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit der Art und Weise, wie dieser Wille ausgedrückt ist, und, wie schon gesagt, diesem Unterschied fehlt keine logische und juristische Grundlage. Die Vollziehung des Willens des Erblassers ist nicht der eigentliche Grund, warum die Erbeinsetzung ex re certa aufrechterhalten wird: datum wird dieser Wille nur dann berücksichtigt, wenn er erstens mit der Aufrechterhaltung des Testaments vereinbar ist und zweitens kein Zweifel über seine Deutlichkeit besteht. Der Zweifel ist mehr als gerechtfertigt, wenn der Erblasser unter den Erben bloss eine Sache der Erbschaft theilt, so dass es für jeden concreten Fall nöthig wäre, eine verwickelte Berechnung vorzunehmen. Man kann im Gegentheil keinen Zweifel hegen, wenn alle corpora einer Erbschaft unter den verschiedenen Erben vertheilt werden. Eine solche Thatsache drückt die Absicht des Erblassers sehr bestimmt aus, eine materielle Theilung unternehmen zu wollen, und jeden Erben auf die Sache, in welche er eingesetzt wird, zu beschränken. Es steht also Nichts im Wege, diese manifestissima voluntas zu vollziehen.

Die Verschiedenheit der Fälle wird auch durch die Verschiedenheit der Art, wie der Wille des Erblassers vollzogen wird, bewiesen. Wenn Sabinus behauptet, er solle vollzogen werden, im Falle, dass er unzweifelhaft ist, und Papinian, er solle befolgt werden, weil er unzweifelhaft ist, so darf daraus nicht geschlossen werden, der Erblasser habe in beiden Fällen dasselbe gewollt. Der Erbe wird im ersten Falle nicht in bestimmte Sachen, sondern in Theile einer bestimmten Sache eingesetzt: also die Absicht des Testators, wenn sie manifestissima ist, wird in dem Sinn interpretirt, dass die Erben durch diese Verfügung

nicht eben dieses *triens* oder dieses *bes vice præceptionia*, sondern die übrige Erbschaft im Verhältniss zu den an der Sache geschaffenen Theilen bekommen. Wird dagegen vielleicht im Falle, dass der Erblasser über alle Erbschaftssachen verfügt hat, versucht, aus dem Werthe der verschiedenen *res certæ* die Erbportionen zu ermitteln? Nimmermehr: die Erben werden zu gleichen Theilen zur Erbschaft berufen, und nur bei der Auseinandersetzung bekommen sie die bestimmten Sachen. Die modernen Juristen haben meines Erachtens auf diesen wesentlichen Unterschied ihre Aufmerksamkeit nicht genug gerichtet.

Ein andres Argument kann endlich in den Worten der *responsa* selbst gefunden werden. Wie bekommen in der That die unehörig Instituirten in den von Sabinus entschiedenen Fällen die Erbschaft? Nicht nur werden die Erben „*quasi non adiectis partibus scripti*“ behandelt, sondern man nimmt hier auch Rücksicht auf die Erwähnung des Grundstückes: „*Detracta fundi mentione perinde ac si nec fundum, nec partes nominasset*“. Man kann also weder von Theilen, noch von bestimmten Sachen mehr sprechen. Wozu nun die Erwähnung des *fundus* von den testamentarischen Tafeln wegstreichen, wenn sie dann sogleich wieder auftauchen sollte, damit jener Erbe den bestimmten Theil der *res certa* bekomme? Man würde so diesen Juristen eine grobe Ungenauigkeit im Ausdrucke vorzuwerfen haben. Man beachte dagegen die Redeweise der anderen Stellen: dort wird nämlich gesagt, die Erben würden „*quasi sine partibus scripti*“ behandelt; aber nirgends wird die *fundorum mentio* detrahirt, was in der That absurd wäre. Ausserdem sagt Ulpian in der *lex* 35, 2, indem er den Grundsatz auf seinen Fall anwendet: „*Officio iudicis adtribuentur singulis, res quæ adscriptæ sunt, erunt tamen heredes æquis ex partibus, quia nulla pars adscripta est*.“ Wären also Theile hinzugeschrieben, so würde ein andrer Grundsatz angewendet werden. Bei diesen Worten hat Ulpian offenbar an den verschiedenen Fall gedacht, wo der Erblasser die Absicht gehabt

eine Quotentheilung zu machen, und wo er selbst die Meinung des Sabinus annimmt.

Es erhellt aus dem bisher Gesagten, dass die l. 9, 13. u. 10 (XXVIII, 5) von einer Seite, und die l. 35. u. 79 eod. und die l. 17 (XXVIII, 1) von der anderen zwei ganz verschiedene Fälle derselben Kategorie der *institutio ex re certa* betrachten, und für jeden Fall ein ganz verschiedenes Kriterium geben. Nachdem so den Sinn dieser Stellen begrenzt ist, wird es nicht schwer, die Frage zu beantworten, die von selbst entsteht: wie nämlich der Fall zu betrachten sei, wo mehrere Erben in bestimmte Sachen eingesetzt sind, diese *res certae* aber die *corpora hereditaria* nicht erschöpfen. Diese Frage findet sich in keiner Stelle des *corpus iuris* erwähnt: Ulpian und die anderen Juristen sprechen ausdrücklich nur von dem Falle, wo der Erblasser unter mehrere Erben alle seine *corpora hereditaria* getheilt hat; Sabinus entscheidet bloss die anderen Fälle, wo die Erben nicht in verschiedene Erbschaften, sondern in verschiedene Theile einer oder mehreren Sachen eingesetzt werden. *Quid iuris* also, wenn noch andere Sachen, noch andere Grundstücke übrig bleiben, über welche der Erblasser keine Verfügung getroffen hat? Wir wollen, zum Beispiel, den Fall setzen, dass Titius dem Gaius das in Pannonia gelegene Grundstück, dem Semprius seine Villa in Italien hinterlassen habe, ohne die anderen Grundstücke, die er vielleicht in Syrien und in Afrika besitzt, zu erwähnen. Dieser Fall, der den heutigen Juristen eine gewisse Schwierigkeit machte, ist nach den Umständen und nach dem Geiste der andern Entscheidungen der römischen Juristen zu behandeln. Aus den Responsen von Sabinus und Ulpian kann die allgemeine Regel abstrahirt werden: dass in jedem Falle die Erbinsetzung aufrechterhalten wird, aber in Betreff der Aufrechterhaltung der *mentio* der bestimmten Sachen Alles darauf ankommt, ob der Wille des Erblassers ausdrücklich bestimmt oder durch unzweifelhafte Umstände bewiesen ist, oder umgekehrt ein Zweifel in irgend einer

Weise über die Gewissheit dieses Willens entstehen kann. Nach dieser Regel muss auch der vorliegende Fall beurtheilt werden. Er hat, was sein Verhältniss zu den anderen schon entwickelten Fällen anbelangt, folgende Besonderheiten. Er unterscheidet sich von den Fällen bei Sabinus dadurch, dass die Erben in bestimmte Sache, nicht in Theile einer Sache eingesetzt sind, und hat mit ihnen eine gewisse Aehnlichkeit, insofern diese Einsetzung für den Juristen nur als Willenspräsumtion gelten kann. Er weicht andererseits von den Fällen bei Ulpian ab, weil in diesen kein Zweifel über den Willen des Erblassers möglich ist, in jenen das Gegentheil manchmal stattfinden kann, und hat mit ihnen dagegen das gemeinsam, dass der Erblasser über *res certæ*, nicht über Theile einer *res certa* verfügte. Wir müssen also, wenn wir consequent bleiben wollen, folgende Sätze feststellen: Entweder ist die *voluntas* des Erblassers *manifestissima*, oder es ist ungewiss, was er gewollt habe. Das Erstere kann in doppelter Weise geschehen. Es mag sein, dass die Verfügung des Erblassers dahin ging, die Erben sollten die bestimmten Sachen als Prälegat behalten und die übrigbleibenden *corpora* zu gleichen Theilen bekommen. Dies wird fast immer dann vorkommen, wenn es erwiesen ist, dass der Erblasser den Zustand seines Vermögens gut kannte, oder dass er besondere Gründe hatte, zu wünschen, dass gerade diese bestimmten Sachen den verschiedenen Erben angehören sollten. In diesem Falle kommen natürlich die Regeln der *lex 35* in Anwendung. Es kann ferner auch kein Zweifel darüber sein, dass der Erblasser gerade durch diese Erbeinsetzung in *certis rebus* ein Criterium für eine Quotentheilung in der übrigen Erbschaft zu geben beabsichtigte. Dies wird vorzugsweise der Fall sein, wenn der Erblasser selbst den Werth der bestimmten Sachen, als gewisse Quoten seines Vermögens entsprechend, bezeichnet, oder die *res certæ* in festen Goldsummen bestehen, deren Gesamtbetrag nach der evidenten Berechnung des Verstorbenen sein ganzes Vermögen dar-

stellen, wenn es gleich in Wirklichkeit viel höher anzuschlagen ist. Es ist kein Grund vorhanden, den Willen des Erblassers in dieser Gestalt nicht zu vollziehen. Ist endlich in irgend einer Weise ungewiss, was der Erblasser eigentlich gewollt hat, so muss man nach Sabinus' Vorgang den kürzeren Weg einschlagen, die Erwähnung der Sachen wegstreichen und die Erben in gleichen Theilen zu der ganzen Erbschaft berufen. In den meisten Fällen wird zwar die erste Annahme stattfinden; dies soll uns aber nicht abhalten, dem Geiste der dargelegten Entscheidungen der Juristen in den abweichenden Fällen treu zu bleiben.

Die Frage, wie schon gesagt, wurde bis jetzt von den modernen Juristen, so weit ich weiss, anders betrachtet und entschieden. Schon Accursius in der Glossa zu der *lex 10 D. de hered. instit. Verb. „fundum“* bemerkte: „Quantum ad partes hereditarias, sed iure prælegationis hoc habent.“ In unserer Zeit nimmt Mühlenbruch³⁷⁾ ohne Bedenken die Meinung des Accursius an; er gesteht freilich, dass die Schlussworte der *lex 10*, buchstäblich verstanden, den Sinn geben würden: „Die Zuweisung von Grundstücken oder von Theilen an die einzelnen Erben hat gar keine Bedeutung“; „indessen (fährt er fort) würde dies mit anderen Stellen offenbar im Widerspruch stehen, und auch der Willensmeinung des Testierers nicht gemäss sein!“

Neuner endlich warnt uns, indem er sagt, es wäre ein grosser Irrthum, zu glauben, dass das Eine das Andere ausschliesse, oder in diesen Stellen verschiedene Fälle erkennen zu wollen; das Verhältniss der verschiedenen Gesetze liesse sich dagegen durch eine historische Bemerkung erklären. Nach seiner Ansicht nämlich hat sich die Lehre der Erbeinsetzung mehrerer Erben *ex certis rebus* allmählig gebildet. Zuerst, gewiss vor Sabinus, wurde angenommen, dass die *rerum mentio* in jeder Rücksicht als non

37) Glück's Comment. XL, 182.

adiecta betrachtet werde. Es ist nun sehr wahrscheinlich, dass gerade Sabinus anfang, diejenigen Fälle ins Auge zu fassen, wo Zweifel entstehen konnte, ob der Testator durch solche Einsetzungen eine Quotentheilung beabsichtigt habe, und dass ausser dem Falle einer manifestissima voluntas, der alte Grundsatz überall Anwendung fand, bis man endlich, als die Theorie der Fideicommissie sich entwickelt hatte, dazu kam, die Erwähnung der *res certæ* in Betreff der Delation der Erbschaft zu detrahiren, aber die Sachen selbst nach den Grundsätzen der Prälegate, oder, wie er sagt, der Präfideicommissie den Erben zuzuschreiben. Deshalb, sagt er, konnten Sabinus und Proculus nicht anders sprechen und entscheiden, und sowohl die Juristen, welche ihre Meinung angeführt haben, als die Compileren der Digesten wollten in deren Stellen nicht die Frage von allen Seiten behandeln, sondern nur beweisen, wie in demjenigen Falle die Erbschaftsquoten zu bilden sind, in dem sich Zweifel regen konnte, ob auch die Eingesetzten als Erben zu gleichen Theilen angesehen werden mussten. Sie wollen nur diese spezielle Frage beantworten, und es wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die *res certæ* in diesen Fällen nach den *leges* 35 u. 79 als *præceptiones* behandelt werden.

Es ist auffallend, dass derselbe Neuner, dem die juristische Construction so sehr am Herzen liegt, die Schwierigkeit nur durch eine historische Bemerkung beseitigen kann. Ich habe m. E. bewiesen, dass die *responsa* des Sabinus sich wesentlich von denen des Ulpian und des Papinian unterscheiden. Wir wollen aber annehmen, dass sich die Sache so verhalten habe, wie Neuner meint. Wie konnten in diesem Falle die Juristen, zu deren Zeit die zweite Entscheidung der Frage möglich geworden war, bei der Erwähnung der Meinungen des Sabinus und des Proculus nichts hinzufügen, um zu erklären, dass diese Theile der bestimmten Sache, deren *mentio*, um die Aufrechterhaltung der *instituta* zu ermöglichen, bei Seite gelegt wurde, von den Erben nachher

vice præceptionis erworben wurden? Und wie ist ferner denkbar, dass die Compileren der Digesten entweder die Erklärungen dieser Juristen supprimirt oder einen solchen offenkundigen Widerspruch durch eine kurze Interpolation nicht gehoben hätten?

Der Mangel einer genaueren Unterscheidung der Fälle tritt bei der undeutlichen und verworrenen Weise, womit die modernen Juristen einige Worte der lex 35 interpretirten, offen zu Tage. Indem sie das ganze Gewicht auf diese Stelle legten und glaubten, dass Alles, was die zweite Art der Erbeinsetzung ex certa re, folglich auch den Fall, wo andere corpora hereditaria ohne Verfügung übrig geblieben, anbelangt, darin entschieden war, nahmen sie natürlich grossen Anstoss an den folgenden Worten der Stelle „sed ita ut officio iudicis familiæ heriscundæ cognoscentis contineatur nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi“. Es ist wunderbar zu sehen, wie viel Mühe die Juristen sich gegeben haben, um diesen einfachen Satz zu erläutern. Einige waren der Meinung, dass diese Worte sich nicht auf den im Gesetze erörterten Fall bezögen, sondern auf den ganz verschiedenen Fall, welchen wir weiter unten finden werden, wo nämlich einige Erben gehörig, Andere ex certis rebus in demselben Testament eingesetzt werden³⁸⁾! Neuner selbst beweist sehr gut, dass es unmöglich ist, eine einzige Andeutung des angeführten Falles in der lex 35 zu finden. Für den, der die Stelle aufmerksam gelesen hat, ist es kaum nöthig, zu bemerken, dass alle Ausdrücke Ulpian's sich nur auf den Fall beziehen, wo alle Erben in certis rebus instituirt werden. Andere, unter ihnen Cuiacius, wollten diese Meinung durch die Vermuthung unterstützen, dass die Compileren hier etwas

38) Francke, Recht der Notherben, 339; Mühlenbruch-Gluck LX, 173, A 11.

zwischen den beiden Sätzen ausgelassen hätten³⁹⁾. Ja Buchholtz vermuthet, dass hinter den Worten „ita igitur res accipietur“ etwa Folgendes ausgefallen sei: „si unus ex re certa, alii ex parte sive ex asse sunt heredes scripti. Aliter res se habet, si omnes heredes ex certa re sunt scripti: verbi gratia rel.⁴⁰⁾“. Auf diesem Wege wird freilich jeder Widerspruch gehoben; aber, wie Neuner richtig bemerkt, bleibt es noch zu erklären, was für ein Interesse Tribonian veranlassen konnte, diese Stelle so zu corrumpiren oder abzukürzen. Andere endlich, nach dem Vorgange der Glossa, beziehen die Worte auf den einzigen im Gesetze behandelten Fall, bemerken aber dazu, dass sie nicht buchstäblich zu verstehen sind, dass nämlich jeder Erbe in Folge seiner institutio ex re certa, nur die bestimmte Sache erhalte⁴¹⁾.

Neuner hat keine grosse Schwierigkeit, alle diese Meinungen zu widerlegen. Aber dass er selbst keine bessere Lösung giebt, davon wird sich Jeder überzeugen, der seine Erklärung liest. Er sagt, die Worte können nur auf den Fall, wovon wir sprechen, bezogen werden, jede Schwierigkeit aber verschwinde, wenn man sie mit der natürlichen Modification verstehe: „soweit nicht die sonstigen Principien des Erbrechts etwas Anderes mit sich bringen“. Der Sinn also ist s. E. der: „Man hat angenommen, der heres ex re certa institutus solle als Erbe wirklich gelten (detracta re), bekommen aber soll er bei der Erbtheilung nicht sowohl den ihm künstlich geschaffenen Erbtheil, auf welchen er detracta re gerufen ist, sondern gerade die res certa, und nur die res certa; diess letztere jedoch nur soweit, als es sich juristisch constituiren lässt, d. h. eben soweit nicht anderweite Principien des Erbrechts entgegenstehen⁴²⁾. Ehe der

39) Cuiac. Parat. ad Pand. ad h. l.; Volkmann. dissert. de hered. ex re certa scriptis § 8.

40) Prælegate. 11, A. 54.

41) Glossa ad h. l. V. rerum; Löhr am s. O, 75.

42) S. 161, 162.

Verfasser diese Argumentation vorträgt, bemerkt er, es sei bekannt genug, dass die römischen Juristen, so ausgezeichnet ihre Entscheidungen gegebener Fälle sind, doch nicht immer in der Entwicklung abstrakter Sätze stark waren! Es ist mir bis jetzt nicht gelungen, ausfindig zu machen, worin sich die Neunersche Argumentation von dem viel einfacheren Satze unterscheidet: „Die Sache ist so, wenn sie nicht anders ist“.

Die Nothwendigkeit aller dieser unglücklichen Versuche fällt weg, sobald man die leg. 9, 13 u. 10 h. t., richtig versteht und erkennt, dass die lex 35 nur einen besonderen Fall erörtert und entscheidet. Der Jurist in seinem Responsum schickt den allgemeinen Grundsatz voraus, dass die Erbeinsetzung ex certa re zulässig ist, fährt dann fort, die Einsetzung, wovon in dem concreten Falle die Rede ist, sei desshalb nicht als ungültig zu betrachten „nec esse inutilem institutionem“: wenn man aber zu der Theilung der Erbschaft kommt, sei die voluntas testatoris zu beachten (vgl. l. 79), und der Richter, wenn gleich die Erben æquis ex partibus zu der Erbschaft zu berufen sind, solle doch Jedem die Sache, in die er instituiert wurde, zusprechen: „nihil amplius — quam rem, ex qua institutus est.“ Ulpian endlich führt, um die Sache noch anschaulicher zu machen, ein ähnliches Beispiel an. Der Fall der Existenz anderer corpora hereditaria ist nirgends angedeutet, und der einzige angeführte allgemeine Grundsatz ist der, dass die Erbeinsetzung ex re certa des favor testamentorum wegen aufrechterhalten wird: „dicebam receptum esse rerum heredem institui posse“.

III.

Es bleibt noch übrig, den schwierigsten und am meisten bestrittenen Fall zu erörtern, den nämlich, wenn neben gehörig instituirten Erben Einer oder Einige in bestimmte Sachen, ex certis rebus, eingesetzt werden. Ich

denke, dass die vorhergehenden Bemerkungen den Weg erleichtert haben. Wir haben gesehen, welcher letzte Grund die Aufrechterhaltung der institutio ex re certa veranlasste, welche Mittel die römischen Juristen anwendeten, um das Resultat in den beiden erörterten Fällen zu erreichen. Es wird darnach nicht schwer sein, die Lehre der classischen Juristen, wovon wir nur eine flüchtige Andeutung besitzen, auch in diesem Punkte wieder herzustellen und die darüber eingeführten Neuerungen Justinian's richtig zu beurtheilen.

Wir legen zunächst, wie gewöhnlich, dem Leser die auf den gegenwärtigen Fall sich beziehenden Quellen vor Augen. Es sind leider nur die zwei folgenden, von denen nur eine einzige, und eigentlich nicht einmal entscheidende, bis zur Epoche der classischen Juristen zurückreicht.

„Imp. Gordianus A. Sextio Iuvenali: Ex re certa heredem institutum sic haberi ac si sine eius rei commemoratione institutus fuisset, sane officio familiae erciscundae iudicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur quam alioqui esset habiturus ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit. Falcidiam quoque in matris testamento cessare, falso tibi persuasum est. Proinde cum iuris ignorantiam excusare facile non possis, si maior annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras: P. P. XV kal. Novembr. Arriano et Papo cos.⁴³⁾)

„Imp. Iustinianus A. Mennae P. P. Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte

43) Cod. Gregor, III 4, 1, Corp. iur. rom. antejust. Bonn III, 6,

scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earumdem actionum occasione heredum ex certa rescriptum fieri. Dat. VIII Id. April. Constantinop. Decio V. C. Cons.⁴⁴⁾

Ehe wir an die Auslegung dieser Quellen gehen, müssen wir bemerken, dass in den Digesten kein Zeugniß eines classischen Juristen über diese Frage vorhanden ist. Dieser Mangel ist gewiss von grosser Bedeutung. Es ist in der That schwer anzunehmen, dass der Fall zu ihrer Zeit nicht vorkam, und dass sie ihn in ihren Schriften nicht behandelten, während wir die vorhergehenden in mehreren Stellen und umständlich erörtert finden. Man kann demnach a priori sagen, dass, wenn die Compileren die bezüglichen Stellen nicht in die Digesten aufnahmen, der Grund davon nur in der Unvereinbarkeit derselben mit irgend einer Neuerung Justinian's zu suchen ist. Diese von den modernen Juristen nicht genugsam beachtete Thatsache wird durch das Rescript des Kaisers Gordian, welches Hennemann das Verdienst hat, zum ersten Mal in diese Frage eingeführt zu haben, vollkommen bestätigt⁴⁵⁾. Das Rescript findet sich im codex Gregorianus und wurde in den justinianischen nicht aufgenommen, wenngleich die Compileren es nichts weniger als vernachlässigten. Denn sie haben den letzten Theil desselben dem Titel des Codex „de iuris et facti ignorantia“ wörtlich incorporirt⁴⁶⁾.

Stellen wir nunmehr den genauen Sinn dieses Rescriptes fest, wovon bis jetzt sehr ungenügende Interpretationen ge-

44) Cod. VI 24, 13.

45) In seiner Dissertation „Untersuchung zweier verwandter Rechtsfragen etc.“ Schwerin und Wismar. 1790.

46) Cod. I 18, 2: „Imp. Gordianus A. Juvenali. Quum ignorantia iuris excusare facile non possis, si maior annis hereditati matris tuæ renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras. P. P. XV kal. Novemb. Arriano et Papo cos.“

geben wurden. Der Fall ist in der Antwort des Kaisers summarisch angegeben und Vieles vorausgesetzt; es ist daher nicht so leicht das Thatsächliche wieder herzustellen. Es ergeben sich aber meiner Ansicht nach klar genug folgende Thatsachen. Der Petent, grossjährig, hat die mütterliche Erbschaft wegen zweier Meinungen ausgeschlagen, dass nämlich erstens einem mütterlichen Testamente gegenüber das Benefiz der quarta Falcidia nicht Platz greife, und zweitens dass die Einsetzung eines Erben in eine res certa diesen nicht auf die bestimmte Sache beschränke. Das Wahrscheinlichste ist, zu denken, dass der Sohn von der Erblasserin gehörig, sine parte, aber neben ihm ein extraneus in eine bestimmte Sache der Erbschaft eingesetzt, und dass endlich der gehörig Instituirte mit vielen Vermächnissen belastet war. Setzen wir z. B. den Fall, dass die Erbschaft zu 100,000 HS. anzuschlagen sei: Titius, der Sohn, wird Erbe ohne Erwähnung von Theilen ernannt und mit Vermächnissen bis zum Werthe von 40,000 HS. onerirt; zugleich wird Gaius in ein Grundstück der Erbschaft, das 10,000 werth ist, als Erbe instituiert. Titius, indem er die verschiedenen Fälle der institutio ex re certa verwechselt, macht folgende falsche Berechnung: mein Miterbe ist zwar in das Grundstück eingesetzt, aber es wird die rei mentio deträhirt, folglich wird er als heres ex semisse zur Hälfte der Erbschaft berufen. Es kam hinzu, dass ihm fälschlich berichtet wurde, er sei, da es sich um ein mütterliches Testament handelte, zur Zahlung der ganzen Legate ohne Abzug der Falcidia verpflichtet. Seine Erbquote nun wegen der Erbeinsetzung des Gaius belief sich auf 50,000 HS: wenn er die Legate bezahlt hat, bleiben nur 10,000 für ihn übrig; er hat also ein sehr geringes Interesse, die Erbschaft anzutreten, und schlägt sie aus, wahrscheinlich in der Absicht, die querela inofficiosi anzustellen. Nachdem er aber den wahren Stand der Sache erfahren und erkannt hat, dass nach der Zahlung der Vermächnisse ihm noch 50000 Sest.

übrig bleiben würden, wendet er sich an den Kaiser, um eine *restitutio in integrum* zu erlangen.

Dies scheint mir die einfachste Erklärung des factischen Inhalts des Rescripts zu sein.⁴⁷⁾ Nur wenn wir uns den Fall so denken, erhält die Antwort eine klare Bedeutung. Der Kaiser fängt nämlich damit an, dass er sagt: es sei zwar ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass die Erbeinsetzung *ex certa re* ebenso aufrecht erhalten werde, als wenn keine Erwähnung der Sache in dem Testament geschehen wäre; im Falle aber, fährt er fort, dass neben dem *ex re certa* Instituirten andere-gehörig Instituirte vorhanden sind, solle der Richter, dem der Auftrag der Erbschaftstheilung gegeben werde, den Ersten auf die bestimmte Sache beschränken, als wenn nach dem *ius civile* solche Erbeinsetzungen zulässig wären: und das würde geschehen sein, wenn der Erbe nicht geeilt hätte, die Erbschaft der Mutter auszu-schlagen.

So unbestimmt auch das Rescript ist, so müssen wir nichtsdestoweniger viel Gewicht auf dasselbe legen; denn es verschafft uns einen Einblick in die Art und Weise, wie zur Zeit des Gordian die Juristen eine solche Frage betrachteten. Es gehört dem Jahre n. Chr. 243, dem letzten Jahre der Regierung des M. Antonius Gordianus III an: es kann also ohne Bedenken als der Widerschein der Lehre der classischen Juristen angesehen werden: Prüfen wir nun den Inhalt etwas näher. Der Kaiser schiekt den allgemeinen Grundsatz voraus, dass die *institutio ex re certa* als gültig angesehen werden soll. Das ist nichts Neues: es genügt die Worte „*ex re certa heredem institutum sic haberi ac si sine eius rei commemoratione institutus fuisset — in dubium*

47) Die drei Fälle, die Neuner S. 357 als möglich angibt, sind dagegen höchst unklar, und man kann nicht begreifen, wie in diesen Fällen der Sohn den Irrthum, gegen welchen er die *restitutio* nach-sucht, begehen konnte.

non venit“, mit denen Ulpian in der l. 35 (dicebam receptum esse rerum heredem institui posse) zu vergleichen. Beide, der Kaiser und der Jurist, setzen diesen Punkt ausser Discussion, als etwas schon längst Anerkanntes. Er geht aber sogleich zu dem speciellen Falle über und fügt hinzu, dass der iudex familiae erciscundae die Befugniss hat, dem Eingesetzten ex certa re nicht einmal eine Erbquote, sondern nur und allein die bestimmte Sache zuzusprechen. Es kann also nicht geleugnet werden, dass zur Zeit der classischen Juristen der gegenwärtige Fall durch dasselbe iudicium divorium entschieden wurde, wie man das Recht der in re certa Instituirten, wenn kein Miterbe gehörig eingesetzt war, geltend zu machen pflegte. Man vergleiche die Ausdrücke des Rescripts mit denen der angeführten lex 35. Sane, sagt der Kaiser, officio familiae erciscundae iudicis convenire ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit“, und Ulpian schreibt ‘nec esse inutilem institutionem, sed ita ut officio iudicis familiae erciscundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem ex qua heres scriptus est, consequi’. Nicht nur der Gedanke, sondern die Worte selbst sind dieselben. Es wäre jedoch ein grosser Irrthum, daraus zu schliessen, dass der ex certa re Instituirte in dem Fall, den Gordian vor Augen hat, in derselben Weise behandelt werden müsse. Denn die Natur dieses Falles ist nichts weniger als identisch mit derjenigen der schon behandelten Fälle. Während in dem ersten keine anderen Erben als der in eine bestimmte Sache Eingesetzte, vorhanden waren, sind hier andere gehörig eingesetzte Erben vorhanden; während in dem zweiten von allen Erben gewiss war, dass der Erblasser sie auf die bestimmten Sachen beschränken wollte, ist das hier nur von einem gewiss. In den vorhergehenden Fällen war die Aufrechterhaltung der Erbenqualität mit der des Testaments selber eng und noth-

wendig verbunden: in dem gegenwärtigen Falle dagegen war schon die Vertretung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen durch die regelmässige Einsetzung anderer Erben vorgesehen. Es handelte sich also bloss darum, das Mittel zu finden, wodurch der *ex re certa* Instituirte die Sache und nur die Sache juristisch erlangen konnte: es war nicht mehr nothwendig, um das Testament aufrecht zu erhalten, dass er die Erbenqualität erhielt. Das war ohne Zweifel der Standpunkt, von dem die classischen Juristen die Sache betrachtet haben müssen. Es bleibt nun übrig die Fragen zu beantworten: Warum wurde um dieses Rechtsverhältniss zu reguliren, gerade von dem *iudicium familiae erciscundae* Gebrauch gemacht? Welches war ferner die juristische Lage des *ex certa re* Instituirten den Miterben und den Dritten gegenüber vor und nach der Erbschaftstheilung? Darauf gibt zwar das Rescript keine Antwort: die Untersuchung aber ist nicht schwierig, wenn Alles, was wir noch über die besondere Natur dieses *iudicium* wissen, in Erwägung gezogen wird.

Ich werde hier nicht wiederholen, was über den Ursprung und den Charakter der alten Erbtheilungsklage allgemein bekannt ist,⁴⁸⁾ sondern mich auf das beschränken, was mit unserem Falle in einer engeren Beziehung steht. Es versteht sich von selbst, dass der *ex re certa* Instituirte als ein *Universalsuccessor* angesehen wurde, denn nur der Erbe oder die, welche als solche betrachtet werden sollten, konnten an dem *iudicium* der Erbschaftstheilung Theil nehmen.⁴⁹⁾ Es ist dann auch natürlich, dass dieses *iudicium* gewählt wurde, um dieses Verhältniss zu ordnen; zuerst die formelle Rücksicht auf den Namen des Erben, dann die dem Theilungs-

48) S. ausser den bezüglichen Titeln in den Digesten und im Codex Cujac. Op. VII, 484. Glück, Erläut. der Pandekt, XI, 1 flg. und Heimbach in Weiske's Rechtslexic. III, 949.

49) Gai. IV 42. 62, Paull. 1. 18, Ulp. 19, 16. Dig. X 2, 1, 2, 1.

richter eingeräumte Freiheit, endlich eine gewisse Analogie mit dem Fall, wenn alle Erben in bestimmte Sachen instituirt waren, wirkten gewiss mit, die Entscheidung unseres Falles in die Competenz des *arbiter familiae erciscundae* fallen zu lassen. Das Schwierigste aber ist zu ermitteln, wie dieser Richter verfahren sollte, um das Verhältniss der *ex re certa* Instituirten zu den Miterben zu reguliren. Von der *lex 35* wissen wir, wie das in dem daselbst erörterten Fall geschah. Die Sache war ganz einfach: über den Willen des Erblassers war kein Zweifel möglich und der *arbiter* hatte weiter Nichts zu thun als ihm zu folgen, indem er Jedem die einzelne Sache als *Praelegat* zusprach. Was die *nomina* und die *debita hereditaria* anbelangt, so gehörten sie bekanntlich nicht hierher: da der Erblasser in dieser Beziehung keine Verfügung getroffen hatte, waren sie *ipso iure* und zu gleichen Theilen unter den Miterben vertheilt. In dem gegenwärtigen Falle aber hatte der Richter einen sehr verschiedenen Willen des Erblassers vor sich. Dieser hatte nämlich ausdrücklich und absichtlich die gehörig Eingesetzten und die *ex certa re* Eingesetzten unterschieden. Die letzteren waren in seinen Augen zwar Erben, aber von einem materiellen Theil der Erbschaft: nicht einmal alle Wirkungen der Einsetzung in einen ideellen Theil konnten deswegen nach dem Willen des Erblassers eintreten. Hätte er gewollt, dass sein Erbe ausser dem ideellen Theil auch die bestimmte Summe oder das Grundstück erhalte, so stand ihm das einfache Mittel des *Praelegats* zu Gebote. Die *manifestissima voluntas* des Erblassers hinderte also von einer Seite, dass ein solcher Erbe gleich den in eine Erbquote eingesetzten Miterben behandelt, die formelle Rücksicht auf den Namen des Erben selbst von der anderen Seite, dass er in die Stellung eines Vermächtnissnehmers herabgesetzt wurde. Die Entscheidung, die den alten Juristen als die billigste zwischen diesen zwei Extremen erscheinen musste, war meines Erachtens, dass der Erbe *ex certa re* zur Vertretung des Verstorbenen

nur bis zum Werth der empfangenen Sache zugelassen und der activen und passiven Erbschaftsklagen theilhaftig gemacht wurde, nur insoweit er einen Vortheil von der Erbschaft bekommen. Dies war aber unmöglich nach dem strengen *ius civile*. Denn der *ex certa re* Eingesetzte konnte streng genommen nichts anderes sein als ein Erbe oder ein Legatar: sollte er als das erstere angesehen werden, so gingen die Erbschaftsforderungen und -Schulden *ipso iure* auch in Verhältnisse seiner Erbquote auf ihn über, wie wenn die einzelne Sache gar nicht im Testament erwähnt worden wäre. Wenn z. B. das Testament in folgender Weise errichtet war: „Titius und Gaius sollen meine Erben sein: Sempronius soll mein Erbe in das Cornelianische Grundstück sein“, so waren die Erben nach der strengen Consequenz des *ius civile* drei an Zahl und die Erbschaftsklagen gingen für ein Drittheil zu Gunsten des Sempronius und gegen ihn ohne Rücksicht auf die *rei mentio*. „*Neque aequam, so lautet ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus, neque usitatam rem desideras, ut aes alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsolvas tu et frater tuus sed pro aestimatione rerum praelegatarum, quum sit explorati iuris hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumentum pertinere.*“⁵⁰⁾ Die Erben waren in der That nicht nach dem, was sie wirklich bekamen, sondern wegen ihrer Erbqualität allein zur Uebnahme der Obligationen des Verstorbenen verpflichtet.

Den Willen des Erblassers zu vollziehen, war dagegen das *iudicium divisorium*, bei welchem, wie überhaupt bei den *actiones arbitrarie* und *bonae fidei*, die Aequität „*aequalitas*“ die höchste Regel war⁵¹⁾, sehr geeignet. In manchen Stellen

50) Cod. IV 2, 1.

51) Cod. III 37, 5; 38, 3. S. für die Formel der Klage, Rudolf Edict. perpet. § 71.

unserer Quellen wird ausdrücklich dem Theilungsrichter vorgeschrieben, in seinen Adindicationen und Attributionen den Willen des Erblassers zu respectiren. Was uns aber in dieser Beziehung am meisten interessirt, ist viel weniger was die vom Erblasser schon unternommene Theilung der corpora hereditaria, als was die Ueberweisung von Forderungen und Schulden auf einen oder einige Erben betrifft. Da wird eben gesagt, dass diese letztern Verfügungen des Erblassers dem iudicium familiæ erciscundæ angehörten und von dem arbiter ausgeführt wurden⁵²).

Die Verfügung des Erblassers nun, wodurch Einige gehörig eingesetzt, Andre auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt waren, musste vom arbiter als eine stillschweigende Theilung der Erbschaftsforderungen und -Schulden angesehen worden, die vom Erblasser selbst im Verhältniss mit dem, was die Erben in der Auseinandersetzung der Erbschaft bekommen sollten, unternommen worden wäre. „Si cogitatione futura successione, sagen Dioeletian und Maximian in einem Rescripte, officium arbitri dividendæ hereditatis præveniendò pater communis iudicio suo vel quacumque iudicio suam declaravit voluntatem rel⁵³).“ — Ist hier auch nur von einem Vater die Rede, der eine divisio bonorum unter die Söhne gemacht hat, so hindert das nicht, dass ein solches Criterium auf jede manifestissima voluntas des Erblassers ausgedehnt werde, und als bindend für den

52) S., was die Forderungen betrifft, Dig. X 2, 4 pr. „Ceteræ itaque res præter nomina veniunt in hoc iudicium. Si autem nomen uni ex heredibus legatum sit, iudicio familiæ erciscundæ hoc heres consequitur“. Cf. eod. 32 und Cod. III, 36, 21. Was die Schulden anbelangt, Dig. X 2, 20, 5. „Papinianus ait, si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungatur citra speciem legati officio iudicis familiæ erciscundæ cognoscentis suscipere eum id oportere, sed non ultra dodrantem portionis suæ, ut quadrantem illibatum habeat: indemnes igitur cohæredes suos præstare cavebit“. Vgl. eod. 20, 3, 8 und XXXIII 3, 7, 3.

53) Cod. III 36, 21.

arbitrarius familiae erciscundae anzusehen sei. Die Berechnung war nicht so schwierig; angenommen z. B., dass alle bona hereditaria sich auf 1,200,000 HS. beliefen und Gaius, Titius und Sempronius zu Erben ernannt wurden, der letztere in das Cornelianische Grundstück, so musste der Richter dieses Grundstück schätzen, und, nachdem er gesehen hatte, welchen Theil der ganzen bona es ausmachte, dem ex certo fundo Eingesetzten Erbschaftsforderungen und Schulden im Verhältniss zu diesem Theile zusprechen. Das konnte freilich in verschiedener Weise geschehen: die bestimmte Sache nämlich konnte entweder einen niedrigeren oder einen höheren Werth haben, als der Betrag der Quote, zu welcher der Erbe berufen worden wäre, wenn man einfach die rei mentio detrahiert hätte. Das Zweite konnte natürlich fast nie vorkommen, aber in beiden Fällen war es der Billigkeit gemäss, dass er für so viel belastet und begünstigt wurde, als er von der Erbschaft erhielt. Setzen wir z. B. den Fall, dass der Werth des Grundstücks 200,000 HS. betrug, so müsste offenbar der arbitrarius Sorge tragen, dass der in das Grundstück Eingesetzte die commoda und incommoda der Erbschaft überkam, als wenn er in $\frac{2}{12}$ und die anderen jeder in $\frac{5}{12}$ eingesetzt worden wären.

Was nun die Mittel betrifft, die der arbitrarius dabei anwenden durfte, so konnten sie nicht anders sein, als die gegenseitigen Stipulationen zwischen den Miterben, die so oft in der alten Praxis gebraucht wurden. Wenn nämlich ein nomen schon vom Erblasser selber einem der Miterben angewiesen wurde, so sollte der Richter dafür sorgen, dass ihm die anderen ihre Klagen gegen den gemeinsamen Schuldner cedirten. „In hoc iudicio, sagt Ulpian, etsi nomina non veniunt, tamen, si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei et ut alter alteri mandet actiones procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni⁵⁴⁾“.

54) Dig. X 2, 2, 5. Vgl. 3. 4 pr.

Waren dagegen Erbschaftsschulden einem unter den Miterben vom Erblasser zur Zahlung angewiesen worden, so hatte diese Verfügung die Wirkung, dass die Miterben verlangen konnten, dass er die ganze Schuld bezahlte, oder dass sie, wenn sie gezwungen wurden, ihren Antheil zu bezahlen, dazu berechtigt waren, das Bezahlte durch die *actio familiae erciscundae* zurückzufordern. Er sollte demnach, wie Papinian sagt, „indemnes coheredes suos praestare cavere⁵⁵⁾“. Die Juristen aber bemerken zugleich, dass alle diese Attributionen und Cautionen, die in dem *iudicium familiae erciscundae* Platz fanden, zwar für die Miterben untereinander verbindlich waren, aber ihre Verhältnisse zu den Erbschaftsschuldnern und Gläubigern keineswegs modificirten. Das war der Natur dieses *iudicium* und dem Begriff der *successio* bei den Römern durchaus entsprechend. Wie „*debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest*⁵⁶⁾“, so durfte der arbiter in Betreff der Erbschaftsschulden und Forderungen, die eigentlich von vorn herein unter die Miterben *ipso iure* vertheilt waren und diesem *iudicium* angehörten, nichts an ihren obligatorischen Verhältnissen den Dritten gegenüber ändern; er durfte nicht, wie sich Cuiacius ausdrückt, „*ius publicum mutare*“. „*Nec tamen scilicet*, so schreibt Gaius in seinem 7. Buche *ad edictum provinciale*, *haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo partim procuratoris nomine conveniatur; nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est suo loco substituendi eos in quos onera actionis officio iudicis translata sunt*⁵⁷⁾“. Die Gläubiger

55) Dig. X 2, 20, 5. 18, 4. 20, 3. Vgl. XXXIII 3, 7, 3, und Glück, a. a. O.

56) Cod. II 3, 25. Vgl. VII 60, 1.

57) Dig. X 2, 3.

konnten also ohne Rücksicht auf diese Stipulationen gegen die Miterben, jeden für seinen Theil, klagen, ebenso wie jeder der Miterben, seinen Theil von dem Erbschaftsschuldner fordern: dieser jedoch konnte, wenn er schon das solidum demjenigen, dem die Forderung hinterlassen worden war, bezahlt hatte, die Klage mit einer *exceptio doli* zurückweisen⁵⁸).

Ganz in derselben Weise mussten die Verhältnisse zwischen den *ex re certa* Eingesetzten und den Miterben nach der Auseinandersetzung und den Attributionen des Richters sein. So, um dasselbe Beispiel fortzusetzen, mussten Titius und Gaius sich von Sempronius versprechen lassen, dass er ihnen Alles, was er von $\frac{2}{12}$ der ganzen Erbschaftsforderungen bekäme, zurückgeben würde (denn er wurde als Erbe in *quadrante* angesehen, und so gingen an ihn $\frac{4}{12}$ der Forderungen *ipso iure* über: $\frac{2}{12}$ aber blieben ihm *ex certa re* übrig); Sempronius andererseits musste sich von den Miterben versprechen lassen, für Alles, was er etwa für dieselben $\frac{2}{12}$ der Erbschaftsschulden zu bezahlen hätte, entschädigt zu werden. Jeder der Miterben von Sempronius konnte also *suo nomine* für $\frac{4}{12}$, *procuratorio nomine* für $\frac{4}{12}$ der Erbschaft von den Gläubigern belangt werden und die Schuldner belangen. Es ist übrigens selbstverständlich, dass gerade, wie in den oben angeführten Fällen, diese Stipulationen an der Stellung des Erben den Dritten gegenüber nichts änderten. Der Erbe blieb immer ein Erbe „*semel heres semper heres*“, und hatte dadurch alle Rechte, die einem Erben zustehen⁵⁹).

58) Cod. VIII 86, 1.

59) Arndts war schon in Weiske's Rechtslexicon III, 923 dem wahren Kern der Frage sehr nahe gekommen: die Stellung aber des *ex certa re* Eingesetzten den Miterben gegenüber bleibt in seiner Darlegung unbestimmt. Es scheint, dass er ihnen alle seine Klagen cediren und sich gegen allen möglichen Schaden sichern sollte; es bleibt aber

Wenn eine Spur einer solchen Behandlung in den Digesten nicht zu finden ist, so verdanken wir das einzig und allein den Compilatoren derselben, welche jede auf unseren Fall sich beziehende Stelle wegliessen, um sich der Neuerung anzubequemen, die Justinian in diesem Punkte in die Lehre der *institutio ex re re certa* eingeführt hatte. Es ist in der That unmöglich, dass die Juristen einen Fall, der viel häufiger als die anderen im Leben vorkommen musste, nicht in's Auge gefasst hätten, und dies wird durch die Weglassung des Rescripts Gordian's vollkommen bestätigt. Haben wir davon kein directes Zeugniß der Quellen, so ist dennoch, meiner Ansicht nach, die obige Annahme die wahrscheinlichste. Es wäre kein begründeter Einwand, wenn man entgegnen wollte, dass diese Beschränkung der *onera* und *commoda hereditaria* nicht im Geiste des älteren Erbrechts sei, dass wir, wenn man ihr später in der Lehre der fideicommissarischen Restitution einer Erbschaft begegnet, dadurch nicht berechtigt seien, sie einem Rechtsinstitute, das, unserer Ansicht nach, von dieser Lehre ganz unabhängig ist, analog anzuwenden. Eine analoge Behandlung ist aber auch in dem Gebiete der alten Legatentheorie zu finden. Das Wenige, was wir über das Legat einer Quote des Vermögens, über die sogenannte *partitio legata* wissen, reicht dennoch hin, um daraus zu schliessen, dass auch in dem älteren Erbrechte die Regeln der Billigkeit, nicht die des strengen Rechts bei der Theilung der *commoda* und *incommoda hereditaria* angewendet wurden. Wenn der Erblasser Jemandem irgend eine Quote seines Vermögens in der Form eines Vermächnisses hinterliess, so war es nach dem Zeugniß unserer Quellen, als wenn der Legatar seiner Quote gemäss in die Erbschaftsklagen *activ* und *passiv succediren*

damit unerklärt, wie Justinian in seiner Constitution, in welcher Arndts selbst eine Reform anerkannte „*omnibus hereditariis actionibus*“ und „*nec aliquam deminutionem*“ sagen konnte.

sollte, und wurden zu diesem Zweck zwischen den Erben und dem legatarius partarius die sogenannten stipulationes partis et pro parte geschlossen, „quae de lucro et damno communicando solent interponi inter heredem et legatarium partiarium“⁶⁰). Der Fall weicht freilich sehr von demjenigen ab, von welchem hier die Rede ist; es handelt sich hier um eine Erbeinsetzung, dort um ein Legat: hier um eine Institution titulo universali, die in gehörige Grenzen eingeschlossen, dort um eine Verfügung titulo singulari, die über ihre wahre Natur hinaus ausgedehnt werden soll. Wenn man aber die beiden Fälle genau betrachtet, so wird die Identität des Grundes der für das legatum partitionis angeführten Behandlung und diejenige, die wir für unseren Fall angenommen haben, einleuchtend. In beiden Fällen werden die strengen Grundsätze des Civilrechts modificirt: die Einsetzung in einen bestimmten Vermögensgegenstand und die Reduction des damnum und lucrum nach dem Werthe dieses Gegenstandes sind ebenso anomal, als das Vermächtniss einer Erbschaftsquote und die Auferlegung derselben Vor- und Nachtheile auf denjenigen, der die Erbqualität nicht beanspruchen kann. In beiden Fällen wird, soweit möglich, der ausdrückliche Wille des Erblassers ausgeführt; in beiden Fällen endlich wird dieses Resultat auf indirectem Wege erreicht, durch diese Stipulationen nämlich zwischen den im Testament Bedachten, welche, während sie ius inter partes faciebant, ihre Stellung den Dritten gegenüber nicht veränderten. Man kann also nicht sagen, dass die von uns angenommene Entscheidung nur unter der Herrschaft der freien Theorie der Fideicommissa möglich war; wir können im Gegentheil den Schluss ziehen, dass diese schon in den

60) Ulp. 24, 15. 25, 15. Gai. II, 254. Vgl. Dig. L 16, 164, 1. XXX, 26, 2. 27. 104, 7. XXXI, 8 fin. 9. 76, 1. Cic. pro Cæc. 4. 5. de leg. 2, 20. 21. Vgl. auch in Rudorffs Edict. perp. die Formel der stipulationes partis et pro parte, § 174.

Fällen einer *partitio legata* und einer *institutio ex re certa* gebräuchlichen Stipulationen später auf eine fideicommissarische Restitution übertragen wurden.

Ausser dem Rescripte des Kaisers Gordian bieten unsere vorjustinianischen Quellen keinen anderen Fall einer Erbinsetzung *ex re certa* neben gehörig eingesetzten Erben dar. Neulich wollte Th. Mommsen der gegenwärtigen Lehre eine Stelle bei Plinius dem jüngeren vindiciren, die seines Erachtens bis jetzt mit grossem Unrecht vernachlässigt wurde, weil sie „in glaubwürdigster Weise einen praktischen Fall der Art aus traianischer Zeit überliefert“. ⁶¹⁾ Die Stelle aber war in der That ziemlich bekannt und von Buchholz (*Praeleg.* 63 flg.) und Savigny (*Syst.* 2, 305. A. b und l) in Betracht genommen: wenn sie jedoch nicht in den Kreis der Untersuchung über die *institutio ex certa re* gezogen wurde, lag der Grund darin, dass sie mit dieser *institutio* nichts zu thun hat. Mommsen legt die Stelle in dem Sinne aus, dass nach der Verfügung des Saturninus Calvisius, Plinius und die Gemeinde Comum zu der Erbschaft berufen wurden,

61) Zeitschrift f. Rechtsgeschichte VII, 314. — Die Stelle des Plinius Epist. 5, 7 lautet so: „C. Plinius Calvisio suo s. — Nec heredem institui nec praecipere posse rempublicam constat. Saturninus autem, qui nos reliquit heredes, quadrantem rei publicae nostrae, deinde pro quadrante praeceptionem quadringentorum millium dedit. Hoc si ius adspicias, irritum: si defuncti voluntatem, ratum et firmum est. Mihi autem defuncti voluntas (vereor quam in partem iuris consulti quod sum dicturus accipiant) antiquior iure est, utique in eo quod ad communem patriam voluit pertinere. An cui de meo sestertium undecies contuli, huic quadringentorum millium paullo amplius tertiam partem (quadringenta millia, paullo amplius tertiam partem,? Vgl. folg. Anm.) ex adventicio denegem? Scio te quoque a iudicio meo non abhorrere, cum eandem rempublicam, ut civis optimus, diligas. Velim ergo cum proxime decuriones contrahantur, quid sit iuris, indices, parce tamen et modeste, deinde subiungas nos quadringenta millia offerre sicut praecepit Saturninus. Illius hoc munus, illius liberalitas: nostrum tantum obsequium vocetur. rel.“

die letztere zu einem Viertel; dass folglich von den übrigbleibenden $\frac{1}{4}$ Plinius $\frac{1}{3}$, Calvisius $\frac{2}{3}$ bekamen; dass endlich immer in demselben Testament der Gemeinde statt des Viertels ein Präceptionslegat von 400,000 HS vom Erblasser hinterlassen wurde. Er schliesst nun daraus, dass es in der Zeit Traians zulässig und, wie es scheint, nicht ungewöhnlich war, einem Erben zwar eine Erbquote auszuwerfen, aber damit ein Präceptionslegat in der Weise zu verbinden, dass dessen Zahlung an die Stelle der Auskehrung der Erbportion trat.“

Diese Voraussetzung ist nicht nur unbegründet, sondern die Folgerung erscheint als juristisch undenkbar. Was den wahren Sinn der Stelle anbelangt, so ist die Erklärung, welche beim ersten Blicke allein zulässig erscheint, folgende: Saturninus habe zuerst in seinem Testament Plinius und die Gemeinde eingesetzt⁶²⁾: nachdem er viel-

62) Der Zusammenhang des Briefes, wenn man ihn genau betrachtet, lässt die Annahme nicht zu, dass auch Calvisius zum Erben ernannt worden war. Er ist weiter nichts, als ein Bürger von Comum und Freund des Plinius, an den er sich als an einen gleichgesinnten Vermittler wendet. Denn es wäre unbegreiflich, dass Plinius über den dem Mit-erben zur Last fallenden Theil des Legats im Voraus verfügen konnte, ohne ihn darum zu bitten oder wegen seiner Freigebigkeit zu loben. Die Worte „scio te quoque rel.“ beziehen sich auf den Grund, warum er ihn für den Antrag an die Curie gewählt. Mommsen (und vor ihm Rudorff in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. 12, 340) wurde zu der Annahme, dass Calvisius eine Erbquote bekommen sollte, durch den Umstand verleitet, dass Plinius in der ersten Person plural, und von einer ‘*tertia pars quadring. mill.*’ spricht. Aber in Betreff des ersten Punktes ist es bekannt, dass die Römer von dem ‘*nos*’ gewöhnlich und gern Gebrauch machten. Was den zweiten anbelangt, so bedeuten die Worte ‘*An cui de meo rel.*’, einfach Folgendes: „Soll ich der Stadt, welcher ich schon aus meinem eigenen Vermögen 1,100,000 HS geschenkt habe, jetzt diese 400,000, die nur etwas mehr als $\frac{1}{3}$ dieser Summe betragen, aus zufällig mir zugekommenem Gelde versagen?“ Dies muss man annehmen, diese Auslegung ist die allein zulässige. Wie und warum konnte Plinius, wenn er seinen Theil des Legats im Verhältniss seiner Erbquote,

leicht erfahren, dass man eine *res publica* nicht zum Erben ernennen konnte, habe er nachträglich 'deinde' in einem Codicille die Erbeinsetzung der Gemeinde zurückgezogen und ihr als Ersatz 'pro quadrante' ein Praelegat in der Form einer *praeceptio* hinterlassen. Es lässt sich nicht der Einwand machen, es sei unmöglich, weil der Erblasser wissen musste, dass durch ein Codicill eine Erbquote nicht adimirt werden konnte.⁶³⁾ Die juristischen Kenntnisse des Freundes von Plinius waren nicht sehr ausgedehnt, und jene Annahme wird gar nicht gewagt erscheinen, wenn man annimmt, dass er jedenfalls den Rechtsgrundsatz, wonach ein Präceptionslegat nur dem hinterlassen werden konnte, der die Erbqualität besass,⁶⁴⁾ ganz und gar ignorirte. Nur für diese schon von Buchholtz gemachte Interpretation spricht der natürliche Sinn des Briefes. Mommsen wurde zu seiner Erklärung von der Aehnlichkeit geleitet, die der Ausdruck 'pro quadrante' mit den von Papinian in Dig. XXXI, 69 pr., und von Justinian im Cod. VI 24, 13 erwähnten fideicommissarischen Verfügungen hat,⁶⁵⁾ aber, trotzdem dass er den juristischen Unterschied richtig bemerkt hat, zog er doch nicht den einfachen Schluss, dass eine solche durch ein Fideicommiss möglich gewordene Verfügung mit der strengen Form eines Legats per *praeceptionem* unvereinbar war. Nicht blos ist kein Beweis vorhanden, dass man einem eingesetzten Erben ein Präceptionslegat so hinterlassen konnte, dass er bei der Theilung der Erbschaft auf dieses beschränkt

d. h. eines Drittels, auszahlen wollte, von einem 'paullo amplius' sprechen? Alles dagegen wird klar, wenn man bedenkt, dass 400,000 HS gerade ein bisschen mehr sind als ein Drittel von 1,100,000: darum ist die in Anm. 61 vorgeschlagene Lesart, wenn nicht nothwendig, doch für die Klarheit des Ausdrucks zu empfehlen.

63) Inst. II 25, 2. Gai II, 273. Vgl. Dig. XXXVI 1, 76. Cod. VI 36, 2.

64) Gai II, 217. 218.

65) 'Peto pro parte tua contentus sis' — 'certis rebus pro sua institutione contenti.'

werde, sondern es ist das für die juristische Natur des Legats zu dieser Zeit völlig unhaltbar. In allen vor der traianischen Zeit uns bekannten Fällen einer *præceptio*, in den Testamenten des Piso Frugi,⁶⁶⁾ des Pompeius Rheginus,⁶⁷⁾ und des Dasumius⁶⁸⁾ finden wir zwar Prälegat zu Gunsten der in bestimmte Theile instituirten Erben, aber es ist gar nicht ersichtlich, dass dieser Theil ausgestrichen wurde und der Erbe das blosse Prälegat bekam. Ausserdem bezeugt uns Gaius, dass es nicht möglich war, demjenigen ein solches Legat zu hinterlassen, der nicht *aliqua ex parte heres institutus* war: es konnte also eine bloss formelle Einsetzung nicht genügen, damit der Erbe die Sache und nur die Sache erhielt. Ein Präceptionslegat setzte immer selbstverständlich nicht nur die passive testamenti factio, sondern die reelle Einsetzung in einen Theil der Erbschaft voraus.⁶⁹⁾ Dies war eben die Meinung der Sabinianer, welche zur Zeit Plinius' des jüngeren, wie aus der Schilderung der Controverse im Gaius hervorgeht, die herrschende sein musste.

In derselben Zeit auch hatten die Städte im Allgemeinen noch nicht das Recht, durch Legate zu erwerben, denn dieses wurde erst unter Hadrian auf alle Städte, die unter der Herrschaft des römischen Staats standen, ausgedehnt.⁷⁰⁾ Wenn aber auch diese Verfügung schon ge-

66) Plin. hist. nat. 33, 38.

67) Valer. Max. memorab. 7, 8, 4.

68) Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. 12, 301.

69) „quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.“ Gai II, 217.

70) „Civitatis omnibus, quae sub imperio p. R. sunt, legari potest: idque a D. Nerva introductum, postea a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum est“ Ulp. fr. XXIII 28. Vgl. Dig. XXX, 32, 2. 117. 122 pr. Ich glaube mit Buchholtz, es gehe aus diesen Worten hervor, dass Nerva nur einzelnen Gemeinden die Vergünstigung gewährt hatte, mit Legaten bedacht zu werden und dass Hadrian dieses generalisirte, wahrscheinlich in demselben Senatusconsultum Apronianum. Vgl. Ulpian fr. XXII 5. Paul. in Dig. XXXVI 1, 26. So erklärt sich auch, warum Dasumius der Stadt Corduba die zu ihrer

troffen worden wäre, so hätte die Gemeinde Comum gar keinen Anspruch erheben können, weil die Meinung der Sabinianer noch unter den Juristen herrschen musste. Nach Gaius selbst wurde die Meinung der „*diversae scholae auctores*“, d. h. „*etiam extraneo per praeceptionem legari posse proinde ac si ita scribatur, Titius hominem Stichum capito, supervacuo adiecta 'prae' syllaba, ideoque per vindicationem eam rem legatam videri*“ nur durch eine Constitution Hadrians bestätigt. Er fügt zweitens hinzu, dass nach den Ansichten des Sabinus⁷¹⁾ ein solches ungültig hinterlassenes Legat auch nicht durch den neronianischen Senatsbeschluss⁷²⁾ convalesciren konnte, und dass dieser offenbar früher alleinherrschenden Lehre erst Salvius Julianus entgegentrat, welchem „*placuit etiam hoc casu ex SC. confirmari legatum*“. Es ist nun bekannt, dass Julian unter Hadrian lebte und schrieb, und auch Pomponius (wenn man im Gaius „*et Sexto*“ oder „*ex Sexto*“ lesen wollte⁷³⁾) schrieb gewiss nach Traian seine XXXV libri ad Sabinum.⁷⁴⁾ Man versteht alsdann, wie Plinius absolut sagen konnte „*nec heredem institui nec praecipere posse rempublicam constat*“, und wie der Gemeinde Comum kein Mittel zu Gebote stand, das Legat zu erwerben.

Daraus erhellt, dass die Vermuthung Mommsens nicht bloss in dem Wortlaute des Briefes von Plinius nicht begründet ist, sondern auch mit Allem, was wir über die Natur und die Geschichte des Präceptionslegats wissen, in Widerspruch steht. Der Fall bezieht sich im Gegentheil

Verschönerung anzuwendende Summe nicht direct legirte. Vergl. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. a. a. O.

71) Mit der grössten Wahrscheinlichkeit spricht hier Gaius von Caelius Sabinus und nicht von Massurius Sabinus. S. Buchholtz 36. A. 15. Anders Rudorff, r. RG. 1, 168.

72) „*quo cautum est ut quod minus ratis verbis legatum perinde sit ac si optimo iure legatum esset: optimum autem ius legati per damnationem est*“ Ulp. fr. XXIII 11a.

73) S. Böcking zu dem § 218 (5te Aufl. S. 146).

74) S. Fitting, Alter der Schrift, der röm. Juristen S. 8.

nur auf ein solches Vermächtniss, das der Unfähigkeit des Bedachten wegen ab initio ungültig war, und hat mit der Lehre der Erbeinsetzung ex certa re nichts gemein.

Nachdem wir gesehen haben, in welcher juristischen Stellung sich der ex re certa Instituirte zur Zeit der classischen Jurisprudenz den neben ihm gehörig Eingesetzten gegenüber befand, so bleibt uns nur noch übrig, zu entwickeln, in welcher Weise dasselbe Rechtsverhältniss im justinianischen Rechte regulirt wurde. Es ist schwer, in demselben eine deutlichere und präcisere Verordnung, als die der const. 13 Cod. de hered. instit. VI 25 zu finden, und man muss von einer falschen vorgefassten Meinung ausgegangen sein, um darin etwas dem natürlichen Sinn der Worte Fremdes lesen zu wollen. In dem ersten Theil der Constitution wird ausdrücklich der Fall dargestellt. In einem und demselben Testament werden nämlich mehrere Erben ernannt, einige aber ex certis rebus, andere ex certis partibus oder sine partibus. Jedoch gleich im Anfang entsteht eine Schwierigkeit in Betreff des ersten Satzes, wo den Erben ex certa re diejenigen vom Kaiser gleichgestellt werden, die 'certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt'. Was für ein Verhältniss, kann man fragen, existirt zwischen den beiden durch dieses 'vel' getrennten Arten von Verfügungen? Die Klarheit der Darstellung verlangt indess, dass diese ohne Zweifel für die Auslegung der Verordnung wichtige Frage bis dahin verschoben werde, wo wir die Neuner'sche Construction dieses Falles zu widerlegen versuchen und den Unterschied zwischen der Einsetzung ex certa re und der fideicommissarischen Restitution retenta certa re darlegen werden. Es wird hier hinreichen, den Gegensatz zwischen den ex certa re und den certis ex partibus Eingesetzten ins Auge zu fassen. Eine andere viel mehr grammaticalische als juristische Frage ist jedoch im Voraus zu entscheiden, ob nämlich der Zwischensatz 'quos legatariorum loco haberi certum est' auf beide Arten von

Verfügungen des Erblassers zu beziehen oder nur auf die zweite zu beschränken sei, welche diejenigen betrifft, die anstatt ihrer Einsetzung mit bestimmten Sachen zufrieden sein sollen. Jeder, der die Verordnung unbefangen liest, wird keinen Zweifel haben, dass der Gesetzgeber an diese Unterscheidung in keiner Weise gedacht hat. Immer nur, um einer vorgefassten Meinung zu dienen, haben Henne-
mann und nach ihm Vangerow, in den früheren Ausgaben seines Lehrbuchs, behauptet, dass diese Worte sich nur auf den zweiten Satz beziehen. Es erhellt aber aus dem Zusammenhange, dass die Absicht des Gesetzgebers dahin geht, nicht die *ex re certa* Eingesetzten und diejenigen, die ihre Quote mit Vorbehaltung einer *certa res* restituiren sollen, sondern die in irgend einer Weise mit einer *certa res* Bedachten und die gehörig Instituirten zu unterscheiden und einander entgegenzustellen. Ich verweile nicht länger bei diesem Punkte; denn Neuner hat die Schwachheit eines solchen Arguments genugsam bewiesen, und es wird überdies von seinen früheren Vertheidigern selbst aufgegeben.

Angenommen also, dass diese Worte sich auch auf die *ex re certa* Eingesetzten beziehen, so ist es noch nothwendig zu erklären, wie der Kaiser so entschieden versichern konnte, dass eine derartige Einsetzung als ein blosses Vermächtniss anzusehen sei. Mit einem solchen Ausdrücke wollte der Kaiser gewiss nicht die Art und Weise, wie der Fall nach dem vorhandenen Rechte behandelt wurde, sondern nur die unter den Juristen seiner Zeit herrschende Ansicht bezeichnen, dass solche Verfügungen eines Erblassers in Wirklichkeit als einfache Legate betrachtet werden müssten. Wenn in der That die *ex certa re* Eingesetzten schon früher in der Stellung der Legatäre gewesen wären, so wäre auch die Verordnung Justinian's, die gerade eine Veränderung in ihrer Stellung einführte, zwecklos gewesen. Das Wort 'haberi' bezeichnet also

meiner Ansicht nach nur die Meinung der damals lebenden Juristen, die wie in Hinsicht vieler anderen Rechtsinstitute, so in Beziehung auf die *institutio heredis ex certa re* wünschten, dass das vorhandene Recht auf dem Wege der kaiserlichen Gesetzgebung vereinfacht würde. Dass übrigens diese spätere Jurisprudenz eine solche Reform verlangen konnte, wird natürlich erscheinen, wenn man bedenkt, bis zu welchem Grade sie den Sinn der Form, welcher die alte Jurisprudenz auszeichnete, verloren hatte und diesen Stipulationen, wodurch die letztere die Folgen des *ius civile* umging und den Forderungen der Billigkeit Genüge leistete, widerstrebte. Von diesem Streben haben wir zahlreiche Zeugnisse in der justinianischen Gesetzgebung und insbesondere in der parallelen und fast ähnlichen Behandlung der fideicommissarischen Restitution einer Erbschaft. In Bezug auf diese letztere führt Justinian selbst den Beweggrund zu seinen eingreifenden Reformen an: '*quia — nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet*'. Mehrere Rechtsregeln und -Institute, die zur Zeit der classischen Jurisprudenz, wenn man ihren besonderen Charakter und die historische Entwicklung des Rechts erwägt, natürlich und zweckmässig erscheinen, waren in den Augen der byzantinischen Rechtsgelehrten nur '*antiquae subtilitatis ludibria*', '*inextricabiles circuitus*', '*tenebrosissimi errores*'. Es ist also nicht zu verwundern, wenn sie die Erbeinsetzung *ex certa re* nicht mehr formell betrachteten, sondern, wenn andere gehörig eingesetzte Erben vorhanden waren, nur die Absicht des Erblassers darin sahen, einen so Bedachten zum einfachen Legatar zu machen, der von all und jeder Theilnahme an der Vertretung des Verstorbenen sowohl den Miterben als den Dritten gegenüber ausgeschlossen werden sollte.

Diese Ansicht liegt der *constitutio* 13 zu Grunde. Da es bestimmt ist, sagt der Kaiser, dass, wenn einige gehörig und andere nicht gehörig zu Erben eingesetzt sind, die letzteren in der Absicht des Erblassers einzig und allein Legatare sind,

so sollen von nun an bloss die ersteren als wahre Erben angesehen werden, und consequenterweise activ und passiv alle Erbschaftsklagen haben. Es leuchtet ein, was für eine radicale Veränderung die Verordnung in der Stellung der ex certa re Instituirten in dem dritten Fall hervorgebracht hat. Das erste und einzige Merkmal der Erbenqualität ist eben das der Haftung für die Schulden des Verstorbenen und die Befugniß seine Schuldner zu belangen. Wird Beides dem in einem Testamente Bedachten versagt, so wird er nothwendig ein blosser Gläubiger der Sache, die ihm der Erblasser hinterlassen hat, ein Singularsuccessor, ein Legatar. Sobald die Stipulationen zwischen den Miterben verschwunden sind, gibt es keine Mittelstellung zwischen der Erben- und Legatarsqualität mehr. Wer sie in Justinian's Verordnung suchen wollte, legte nicht bloss ihren Inhalt sehr schlecht aus, sondern zeigte auch für die Grundsätze des römischen Erbrechts kein Verständniß. Das Resultat ist also, dass, während vor Justinian, der ex re certa Eingesetzte ein wahrer Erbe blieb und nur durch die Stipulationen zwischen den Erben und ihm auf die res certa beschränkt wurde, in der justinianischen Gesetzgebung in jeder Beziehung und so lange als gehörig eingesetzte Erben neben ihm vorhanden sind, in die Stellung eines einfachen Vermächtnissnehmers oder Legatars herabgesetzt ist.

Es geht aus dem Gesagten hervor, wie wenig begründet die von Einigen aufgestellte Vermuthung ist, dass Justinian durch diese Verordnung eine Controverse der römischen Juristen, von der keine Spur und kein Grund existirt, entscheiden wollte. Er hat nur das Rechtsverhältniß der nicht Eingesetzten ihren Miterben gegenüber vereinfacht und einem Wunsche der damaligen Juristen Genüge geleistet. Er konnte das mit um so grösserer Freiheit thun, als die juristische Natur der institutio ex re certa, so wie auch die älteste Jurisprudenz sie verstanden hatte, dadurch keineswegs verletzt wurde. Die Hauptsache war, wie schon öfters gesagt,

dass die testamentarische Erbfolge aufrecht erhalten, dass der letzte Wille des Erblassers durch diesen formellen Mangel in der Erbeinsetzung nicht vernichtet wurde. In unserem Falle, wenn neben dem ex re certa Instituirten noch Quotenerben vorhanden waren, wenn die Vertretung des ius universum des Verstorbenen schon anders gesichert war, konnte er in die Stellung eines Singularsuccessors reducirt werden, ohne dass die Lehre, so wie sie sich schon in der letzten Zeit der Republik ausgebildet hatte, derogirt wurde.

Steht vielleicht das fünfte Kapitel der Novelle CXV mit diesem Schlusse in Widerspruch? Dies wurde von Vielen behauptet, und wir müssen daher das Verhältniss zwischen der Vorschrift der Novelle und der Constitution 13 genau feststellen. Dieses Kapitel lautet so: „*Hæc vero disposuimus, ut tam parentes quam liberos a testamentorum iniuria liberemus. Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse iubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti præcipimus; quod vero illis minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur. Una enim est serenitatis nostræ cura ut iniuriam præteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollamus Unde manifestum est ad amborum utilitatem et securitatem hanc legem respicere, quam non sine causa, sed data occasione ferre placuit*“.

Der Inhalt, sowie die Natur der Novelle CXV, sind bekannt. Indem sie das formelle Recht der Präterition und das materielle des Pflichttheils zusammen schmilzt, schreibt sie vor, dass alle Descendenten und Ascendenten, die einen Anspruch auf die Intestaterbschaft haben, nothwendigerweise in eine dem Pflichttheile gleiche Quote eingesetzt werden sollen. Sie fügt, um dieses Verbot der Enterbung besser zu characterisiren, im dritten Capitel ausdrücklich hinzu, dass die Einsetzung in jedem Falle verlangt wird, auch wenn in irgend einer anderen Weise die Notherben den Pflichttheil

bekommen können: „etsi qualibet donatione vel legato vel fideicommisso, vel alio quolibet modo partem legibus illis debitam dederint“. Justinian verlangt also unbedingt die formelle Einsetzung. Jedoch, nachdem er in dem dritten und vierten Capitel die Gründe, weswegen die Aeltern und die Kinder ihre Ascendenten und beziehungsweise Descendenten enterben können, festgestellt und genau aufgezählt hat, stellt er in dem folgenden Capitel die Ausnahme auf, dass, wenn einem auferlegt wurde, anstatt seiner Einsetzung mit einer bestimmten Sache zufrieden zu sein, der Erblasser seine Pflicht schon erfüllt hat. Da wir unten auf diese Vorschrift des 5ten Capitels zurückkommen müssen, so sei uns hier erlaubt, einfach die Behauptung auszusprechen, dass der übrigens sehr ungenaue Ausdruck auch die Einsetzung *ex certa re* umfasst. Es scheint beim ersten Blicke, dass dieses mit der Vorschrift der Constitution 13, so wie wir sie verstehen und auslegen, unvereinbar ist. Man kann die Frage aufwerfen: Muss in der That ein *ex certa re* Instituirter als ein Legatar angesehen werden? wie kann denn eine solche Einsetzung für die Bestimmungen der Novelle CXV hinreichen, welche in dem 3ten Capitel eine wahre Einsetzung verlangt? Jede Schwierigkeit aber verschwindet, wenn man die Natur der Novelle nicht aus den Augen verliert und die Worte des Gesetzgebers selbst erwägt. Die Novelle CXV ist, wie gesagt, weiter nichts als eine unpassende Zusammenschmelzung zweier heterogenen Elemente. Die Bestimmung, wonach derjenige die Vorschrift der Novelle nicht erfüllt, welcher in irgend einer Weise die gesetzliche Quote den Notherben hinterlässt, ist offenbar vom formellen Standpunkte dictirt, den der Kaiser aus der republikanischen Jurisprudenz unverständigerweise entlehnte. Nach seinen Worten selbst ist die einzige Sorge „Seiner Durchlaucht“ gewesen, die Erben vor der Schmach der Präterition und der Enterbung zu schützen. Diese Schmach aber konnte nicht in einem materiellen Schaden, den die *querela inofficiosa* abzuwehren bestimmt

war, sondern in einer Ehrenfrage bestehen. „Etenim considerare debent parentes, so fährt der Kaiser fort seine Beweggründe darzulegen, et ipsos liberos se fuisse atque illa a parentibus suis accepisse et similiter liberi, qui nunc sunt, operam dare debent, ut parentum suorum voluntati obsequantur, quoniam et ipsi parentes fieri cupiunt atque a liberis suis honorari optant⁷⁵⁾.“ Wenn nun das Wort hinreichte, so reichte in den Augen des Kaisers auch eine Erbeinsetzung in eine bestimmte Sache hin, obgleich er sie in einer anderen Verordnung als einfaches Legat behandelt hatte. Der ex re certa Eingesetzte war der Form nach ein Erbe: und nicht er allein, sondern auch der Fiduciar, dem auferlegt wurde, eine Erbschaft oder eine Erbschaftsquote mit Vorbehalt einer bestimmten Sache herauszugeben. Eine ausdrückliche Erklärung war indessen der constitutio 13 gegenüber nothwendig; denn nach derselben, in Verbindung mit dem Cap. III, konnte man mit Recht glauben, dass solche Einsetzungen ungenügend wären. Der Gesetzgeber hatte offenbar in den Worten des Cap. V die const. 13 in Auge. Dies erhellt am bestimtesten aus der Ausdrucksweise „hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur“. Das bezeichnet genug, dass, ausser einer formellen Einsetzung, die gehörig Instituirten nach der Vorschrift der const. 13 die einzigen wahren Erben sind. Der Gesetzgeber wollte also keine allgemeine Bestimmung für die Erbeinsetzung ex re certa geben, sondern eine blosse Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass der ex re certa Instituirte als ein blosser Legatar anzusehen ist, vorschreiben. Wie hätte sich nun das Bedürfniss einer

75) Diese Worte beweisen, wie wenig man mit Neuner dem Kaiser Justinian ein hohes Gefühl der Erbenqualität und die entschiedene Absicht, dieselbe aufrecht zu erhalten, zuschreiben kann. Man würde so zwei ganz verschiedene Epochen, die römische Republik und das byzantinische Kaiserreich, verwechseln.

solchen Bestimmung fühlbar gemacht, wenn diese Instituirten noch nach der angeführten Verordnung als Erben angesehen und behandelt worden wären? Accursius hatte also vollständig Recht, das Cap. V als eine Ausnahme von der const. 13, als eine „exceptio in filio“ zu betrachten, die in die vorliegende Frage nicht als entscheidend eingeführt werden darf.

Um die Natur dieser justinianischen formellen Einsetzung noch besser zu erklären, mag es mir erlaubt sein, hier das Cap. V der Nov. CXV in Vergleich mit einem Ausspruch von Scævola zu bringen, den wir schon im ersten § angedeutet haben, der aber eine genauere Auslegung verdient. Er lautet so:

„Paulus libro primo ad Vitellium. Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit [adiecto?] „et in cetera parte exheres mihi erit“ et quæreretur, an recte exheredatus videretur, Scævola respondit non videri, et in disputando adiciebat: ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quæ benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adiuvandæ⁷⁶⁾“

Es wurde schon gesagt, dass Neuner in dieser Stelle eine Bestätigung seiner Construction finden will. Er vermag aber dadurch den Sinn der Worte „benigne accipere“ nicht klar zu machen⁷⁷⁾. Die Sache steht vielmehr so. Es handelt sich nur um eine formelle Enterbung und beziehungsweise Einsetzung: nach dem Grundsatz, welcher, wie bekanntlich, die erste Beschränkung der Testirfreiheit des pater familias enthielt, war es nothwendig, die Person, die man aus der Erbschaft ausschliessen wollte, ausdrücklich und unbedingt zu enterben. In dem von Scævola behandelten Falle war die

76) Dig. XXVIII 2, 19.

77) S. pag. 343.

Enterbung nicht absolut: der Sohn sollte ein Vermächtniss bekommen und für die übrige Erbschaft enterbt sein. Scävola ging nun von dem Grundsatz aus, dass die Enterbung immer eine odiosa sei und antwortete, diese Enterbung wäre ungültig, weil die nothwendige Form fehlte: ebenso, fährt er fort, würde eine Enterbung in Betreff einer bestimmten Sache, z. B. in Betreff eines Grundstücks, das Testament vernichten, immer aus demselben Grunde dass *'exheredationes non sunt adiuvandae.'* Bei diesem Punkte aber bot sich natürlich der Gegensatz zwischen Enterbung und Einsetzung in eine bestimmte Sache dem Juristen dar, und er wollte seine Idee genauer erklären, indem er sagte, dieselbe Entscheidung sei nicht in Betreff der Erbeinsetzungen anzunehmen, denn diese müssen im Gegentheil begünstigt werden, *'sunt benigne accipiendae.'* Es würde also für die formelle Erbeinsetzung auch eine *institutio ex re certa* hinreichen und damit wäre die Vorschrift *den suus heres* nicht zu übergehen, erfüllt: *'benigne'* natürlich, denn diese Erbeinsetzung war immer dem Civilrecht gegenüber ungültig und wurde nur in Rücksicht auf diesen *favor testamentorum* aufrecht erhalten; der in dem vorliegenden Fall nur dem schon mächtiger gewordenen *odium exheredationis* gewichen war. Das *Responsum* von Scävola kann also ganz richtig mit der Verordnung von Justinian verglichen werden. Denn Beide gehen von demselben Standpunkte aus, Beide stellen nach Billigkeitsgründen eine Ausnahme von dem Grundsätze der formellen Einsetzung auf. Der Eine sagt: die Erbeinsetzung sei in jedem Fall günstig ausulegen, und demgemäss reiche der Name zur Erfüllung der Pflicht hin, wenngleich der Erbe *ex certa re* auf die bestimmte Sache allein beschränkt werde. Der Andere sagt ebenso: er verlange zwar eine formelle Erbeinsetzung, aber gerade deshalb, weil es sich um eine Form handelt, werde es genügen, dass der Pflichttheil unter der Form einer Erbeinsetzung *ex re certa* hinterlassen sei. Die zwei Stellen sind offenbar von einer entschiedenen Analogie und erklären sich gegenseitig.

Unsere Aufgabe ist mit der Darstellung unserer Lehre nicht zu Ende: es ist in diesem dritten Falle noch mehr als in den vorangehenden nothwendig, die abweichenden Meinungen anzugeben und zu widerlegen. Die Litteratur ist ziemlich massenhaft, und zu den Anhängern der Erbenqualität gehören ausgezeichnete Juristen. Ich werde jedoch insbesondere bei der Neunerschen Meinung, gegen die sich, so weit ich weiss, bis jetzt keine Stimme erhoben hat, verweilen und nur die bedeutendsten Schriftsteller vor ihm kurz erwähnen. Denn ich kann für ihre Widerlegung auf das Buch von Neuner selbst verweisen, der, wie das oft vorkommt, viel glücklicher in der Widerlegung der Ideen Anderer ist, als in der Darstellung der seinigen.

Alle verschiedenen Theorien gingen darauf aus, in diesem dritten Falle der *institutio heredis ex certa re* die beiden Eigenschaften von Erben und Legatar in derselben Person zu vereinigen. So war gerade eine von Accursius verworfene Meinung der Glossa, dass dieser Eingesetzte zwar ein wahrer Erbe, aber in Betreff der *actiones hereditariæ* ein blosser Vermächtnissnehmer wäre⁷⁶). Der Grund, warum diese sonderbare Erscheinung im römischen Rechte vorkam, wurde natürlich nicht angegeben, und Alles bestand in einer willkürlichen Verbindung. Derjenige, der zum ersten Mal dieser Meinung eine juristische Formulirung zu geben versuchte, war Bartolus. Er behauptete nämlich, dass in unserem Falle, der *ex re certa* Eingesetzte weder ein Erbe noch ein Legatar, sondern eine dritte species wäre, die mit dem Namen „*heres singularis*“ bezeichnet werden könnte. Es lohnt der Mühe, seine Worte selbst anzuführen. „*Tunc quaeritur: quæ est natura istius heredis singularis? Respon.*

76) V. Gloss Acc. ad l. 13 Cod. de hered. instit. Verb. scriptorum ad l. 29 Dig. ad Sc. Trebell. Verb. ex certis. Cf. Auth. noviss. ad l. 6 Cod. de inoff. testam. Verb. quoquo relicti titulo“. Ad l. 35 pr. Dig. de hered. instit. Verb. ex æquis partibus.

Ista institutio ex re certa partim habet de natura institutionis universalis, et partim de natura legati, et illud quod habet de natura universalis institutionis, nunquam respicit ipsam rem seu quantitatem in qua institutio est facta sed extrinsecus, habet enim ius accrescendi cum instituto universalis. Item excludit querelam licet quo ad ipsas res semper est legatarius. Hoc vult ista lex quae dicit quod loco legatariorum sunt rel.“ In einer anderen Stelle läßt er sich sogar herbei, die Erbeinsetzung ex certa re mit dem Particip zu vergleichen indem er sagt: „Sicut dicimus in grammatica de participio quod partem nominis, partem verbi recipit⁷⁹⁾“. Eine solche Theorie wurde lange als die communis opinio betrachtet und durch die Autorität von Baldus, de Castro, Jaspn, Richardus, Fachineus bestätigt. Sie pflegte in nachstehender Formel ausgedrückt zu werden: „Respectu rei singularis, in qua quis institutus est, semper habetur pro legatario, respectu autem personae institutae in certa re habetur illa persona pro herede“. Es wird hinreichen, eine solche Zusammenschmelzung dargestellt zu haben. Diese im Erbrechte angewendete Methode von Specification, diese nova species von einem Singularerben ist ganz und gar unrömisch. Zwischen den beiden Begriffen der Universal- und der Singularsuccession, der Vertretung der persona defuncti und des Erwerbes einer bestimmten Sache aus dem Vermögen des Erblassers im römischen Rechte „naturaliter pugna est“ wie zwischen denjenigen der testamentarischen und Intestaterbfolge. Die beiden Eigenschaften können aus logischen Gründen nicht zugleich in derselben Person vorhanden sein, und es gibt keine Mittelstellung zwischen einem Erben und einem Legatar, was, um nur ein Beispiel anzuführen, aus den Vorschriften des römischen Rechts über die Natur des allen Erben auferlegten Præle-

79) Bartolus a Saxoferrato in primam Cod. partem. Lugduni 1567, S. 243 fig.

gates klar hervorgeht⁸⁰⁾. Wir haben schon gesehen, dass die classische Jurisprudenz den *ex re certa* Eingesetzten als einen wirklichen Erben behandelt: nach der Verordnung Justinian's konnte er nichts Anderes, als ein Legatar werden. Mit vollem Rechte sagt Neuner, dass der Lehre von Bartolus die Beweise und die juristische Construction vollständig fehlen.

Es ist also nicht zu verwundern, wenn ein grosser Theil von Juristen sich einfach der Meinung des Accursius anschloss und die *const. 13* als entscheidend in der Frage betrachtete; obgleich keiner den Zusammenhang derselben mit dem früheren Rechte und mit der allgemeinen Lehre von der *institutio heredis ex re certa* bestimmt feststellte.⁸¹⁾ Die Juristen, welche durch neue Gründe die Erbenqualität zu retten versuchten, waren in unserer Zeit Leyser, Henne-
mann, Mühlenbruch und Neuner. Der erste stellte die Sache von einem neuen Standpunkte aus dar, indem er sagte, dass der *ex certa re* Instituirte in seinem Verhältnisse zu den Miterben als Legatar, in jeder andern Beziehung und den Dritten gegenüber als Erbe gelte. Aus dieser Unterscheidung zieht er die selbstverständlichen Folgen über die Klage, die ihm zusteht, über das Adrescenzrecht, über die Transmission

80) Vgl. Vangerow. Lehrb. § 523.

81) Vgl. Neuner, S. 308 in der Anm. Die hervorragendsten sind Donellus, Comm. VI, 18, 18—22. Faber, Err. pragm. Dec. XIV, 6. XV, 5—8. Giphanius, Expl. diff. et cel. leg. Cod. Just. ad l. 13 Cod. de her. inst. Galvanus de usufr. 13. Bachovius ad § Inst. de hered. inst. Wissenbach, ad l. 13 Cod. de her. instit. Vinnius ad § 8 Inst. h. t. Veet, Comm. ad Pand. l. 28, 5; 23. Brunneimann Comm. ad l. 13 Cod. h. t. Averanius Interpr. 4, 11, 4. 5. 6. — Unter den Neuesten Arndts in Weiske's Rechtslex. 3, 924. Thibaut, Pand. 820. Göschel Vorles. 5, 835. Puchta, Vorles. 473. Seuffert, prakt. Pand. 593. n. 19. Buchholtz, Praeleg. 252. v. Löhr in Zeitschr. f. Civilr. und Prozess IX, 78. Keller, Pand. § 495. Forti, Disposiz. di att. volontà, Opp. III, 133.

auf die Erben, über die Erbschaftsklagen. Der Versuch ist freilich geschickt, er leidet aber an demselben Grundfehler der Construction des Bartolus. Der Verfasser legt übrigens der Verordnung Justinian's, die in seinen Augen nur eine der *L decisiones* und eine singuläre Bestimmung ist, einen geringern Werth bei⁸²⁾ Hennemann, der, wie gesagt, das Verdienst hatte, die Rechtsgelehrten auf das Rescript Gordian's aufmerksam zu machen, wusste nicht aus demselben, auf den Zustand der Frage während der classischen Jurisprudenz zu schliessen. Er wollte in der *re certa* eine wirkliche Erbportion, die dem Eingesetzten *titulo universali* zufällt, finden. In dem Rescript sah er, und mit Recht, ein Argument, dass es sich um einen Erben handelte, da von dem *iudicium familiae erciscundae* die Rede war, aber in der *const. 13* anerkannte er nur die Entscheidung einer Streitfrage der römischen Juristen und die Unterscheidung, die oben verworfen wurde, zwischen den *ex re certa* Eingesetzten und Denjenigen, welche *certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt*. Das Alles ist eine so offenbare Verletzung der ersten Grundsätze der Auslegung, dass ich es für überflüssig halte, länger dabei zu verweilen.⁸³⁾

Mühlenbruch; nachdem er in der *Doctrina Pandectarum* III, 666 die Legatarqualität in dem *ex certa re* Instituirten angenommen hatte, behauptete in Glück's *Comm. XL*, 176 flg. dass Justinian in seiner Verordnung eine Streitfrage entscheiden wollte, die Entscheidung aber nicht mit genügender Klarheit gegeben wurde. Er habe nämlich die Absicht gehabt, den Erben nicht zu einem Legatar, sondern zu einem *Praelegatar*, der zugleich Erbe und Legatar wäre, zu machen.

82) Leyser, *Dissert de herede in re certa instit.* Witemb. 1709. Vgl. Neuner, 325 flg.

83) Untersuchung zweier verwandter Rechtsfragen etc. Schwerin und Wismar 1790. Vgl. Neuner, 328, und Mühlenbruch-Glück *XL*, 177,

Diese Lösung ist noch unglücklicher als alle übrigen, denn es fehlt ihr jeglicher Anhaltspunkt. Die Behauptung dass eine Streitfrage zwischen den Juristen geschwebt habe, ist völlig unbegründet. Nicht weniger unbegründet ist die Anklage der Unbestimmtheit im Ausdrucke der Verordnung. Dass endlich anstatt „Legatar“ „Praelegatar“ zu lesen sei, dass auch dieser Fall als derjenige der lex 35 behandelt werden solle, hat weder das Wort noch den Geist des Gesetzes für sich: nicht das Wort, weil eine praeceptio nicht nur in keiner Stelle erwähnt, sondern vom Cap. V der nov. CXV vollständig ausgeschlossen wird: nicht den Geist, weil das der Absicht des Erblassers selbst widersprechen und das Mittel, wodurch die Erbeinsetzung aufrecht zu erhalten wäre, ganz überflüssig würde.

Neuner endlich stellte die Frage in einem ganz anderen Lichte dar und begründete eine neue juristische Construction derselben, nachdem er aus guten Gründen diejenigen der älteren Juristen von Bartolus bis Henneemann verwarf. Er hat freilich das bedeutende Verdienst, die Zusammenstellung der verschiedenen Fälle der institutio ex re certa unter eine gemeinsame Lehre versucht zu haben; dieses Verdienst aber wird durch die falschen Ansichten und durch die historische und dogmatische Confusion beeinträchtigt, die er meines Erachtens in dieses Institut des römischen Rechts eingeführt hat. Ich werde zuerst eine kurze Darstellung von Dem geben, was er mit vielen Worten über diesen dritten Fall schrieb, und seiner Methode selbst folgen.⁸⁴⁾

Seiner Ansicht nach war also die Lösung ganz einfach und in keiner anderen Frage besser als hier boten die allgemeinen Grundsätze des Erbrechts eine durchaus leichte Entscheidung. Die vitiöse Erbeinsetzung nämlich wird so wie in den anderen Fällen dadurch gerettet, dass man die

84) S. den dritten Abschn. des 1. Cap. passim und Vangerow, 1, c. A, 1, III.

rei mentio detrahirt. In dieser Weise wird der Eingesetzte nothwendig als ein heres sine parte aufgefasst und zu einer Erbquote berufen. Zugleich aber wird seine Beschränkung auf die res certa conservirt, indem man annimmt, dass in der Erwähnung der Lehre ein stillschweigendes Fideicommiss zweifacher Natur enthalten sei. Der Eingesetzte nämlich soll den Miterben die ihm durch die Detraction der res certa geschaffene Erbquote als ein Universal-fideicommiss herausgeben, und dann von denselben die bestimmte Sache als ein Singular-fideicommiss zurückbekommen. Diese Herausgabe muss aber, wie es die Regel in der Fideicommisslehre ist, wirklich geschehen: ist das der Fall, so bleibt der heres ex certa re ein wahrer Erbe, practisch aber wird er als ein Legatar betrachtet, 'legatarii loco': so lange dagegen die Herausgabe nicht Statt gefunden hat, hat er „ebenso wie der Fiduciar vor der Restitution“ einen activen und passiven Antheil an den Erbschaftsklagen. Die const. 13 führte eine Neuerung, aber keine Anomalie ein; sie verordnete nämlich, dass die Restitution schon immer von vornherein als geschehen angesehen werden soll. Abgesehen davon hat Justinian Nichts in der herrschenden Lehre verändert. — So construirt Neuner den Fall, wovon hier die Rede ist. Von dieser Behauptung müssen wir nun auf die Entscheidungsgründe übergehen, womit er sie unterstützt: wir wollen ihm in den drei Punkten folgen, in welche er die Frage zerlegt, nämlich die Aufrechterhaltung der Erbenqualität in dem ex re certa Eingesetzten, seine Beschränkung auf die Sache und endlich die Bestimmungen der Verordnung Justinian's.

Er sagt, in Betreff des ersten Punktes müsse auch in dem vorliegenden Fall der allgemeine Grundsatz geltend gemacht werden, denn es wird natürlich vorausgesetzt, dass die Absicht des Erblassers auf eine Erbeinsetzung gerichtet sei: dass diese Erbeinsetzung ex certa re als ein Vermächtniss betrachtet werde, könne vielleicht dem modernen Begriff

der Erbschaft, nicht aber dem römischen, nach welchem die Bedeutung der Erbenqualität so gross war, entsprechen; man würde endlich so das Wesentliche einem materiellen und secundären Standpunkte unterordnen. Was wir oben ausführlich behandelten, erspart uns eine weitere Widerlegung dieses ersten Arguments. Wir hoffen nämlich bewiesen zu haben, dass die Erbeinsetzung *ex certa re* in jedem Falle von der Aufrechterhaltung der Erbenqualität unabhängig war, dass diese in den beiden vorangehenden Fällen nur eine unvermeidliche Folge des Mittels war, welches die Juristen angewendet hatten, um das Testament aufrecht zu erhalten, dass endlich, wenn gleich historisch auch in dem vorliegenden Falle der *ex certa re* Instituirte zuerst als Erbe angesehen wurde, es theoretisch ganz gleichgültig war, dass der Wille des Erblassers in dem einen oder in dem anderen Sinne interpretirt wurde. Wir bemerkten auch, man könne die formelle Rücksicht auf die Erbenqualität nicht mehr für die Justinianische Gesetzgebung als ein Argument anführen.

Es ist dagegen nothwendig sich länger bei dem zweiten Punkte aufzuhalten, in dem der Verfasser von den Rechtsmitteln handelt, wodurch der *ex certa re* Eingesetzte, nachdem er *detracta rei* mentione zu einer Erbquote berufen wurde, auf dieselbe *res certa* beschränkt werden sollte. Er gesteht, dass in den Quellen von diesen Rechtsmitteln keine Rede ist, dass nur das *iudicium familiae erciscundae*, wo ausser der Erbschaftstheilung noch alle anderen auf verschiedenen Rechtsgrundsätzen beruhenden Ansprüche der Erben entschieden wurden, daselbst erwähnt wird. Er sieht aber, wie er sich auch dreht und wendet, keinen anderen juristischen Ausweg, um dem Erben die *res certa* zu conserviren, als die Annahme eines zweifachen stillschweigenden *Fideicommisses*.

Nicht nur ist, wie wir schon gesehen, diese Nothwendigkeit gar nicht vorhanden, sondern die classischen Juristen dachten niemals und konnten der inneren Natur unseres

Rechtsinstituts nach keinen Augenblick daran denken, für die Lösung der gegenwärtigen Frage die Lehre der Fideicommissse zu Hülfe zu rufen. Ein Blick auf die Zeit, wo die beiden Rechtsinstitute entstanden und sich in der Wissenschaft entwickelten, würde allein genügen, eine solche Vermuthung auszuschliessen. Was die heredis institutio ex re certa anbelangt, so erfahren wir von denselben classischen Juristen, dass die Wissenschaft sie schon zur Zeit des Aquilius Gallus, ja sogar seines Lehrers Q. Mucius Scaevola als gültig erklärt hatte. Sie war also in dem siebenten Jahrhunderte eine schon lange in der Wissenschaft ausgebildete und folglich schon länger in dem allgemeinen Rechtsbewusstsein festgewurzelte Lehre. Es liegt nun kein Grund vor, warum ihre Anwendung auf die verschiedenen Fälle nur langsam hätte stattfinden sollen: warum insbesondere wir annehmen dürften, dass der dritte Fall im gewöhnlichen Leben nur bedeutend später vorgekommen sei. Alles dagegen spricht dafür, dass die Erbeinsetzung ex re certa neben in ideelle Theile eingesetzten Erben häufiger vorkommen musste, als die Einsetzung eines einzigen Erben oder aller Erben in bestimmte Vermögensobjekte; denn es lässt sich leichter eine partielle als eine vollständige Verletzung der Grundsätze des Erbrechts denken. Die Neunersche Construction übrigens umfasst nicht nur diesen dritten Fall; sondern sämtliche Fälle der Erbeinsetzung ex certa re. Die geschichtliche Entwicklung des Fideicommisses ist nun allgemein bekannt. Die erste Spur davon findet sich in Cicero⁸⁵⁾, der es als das Mittel bezeichnet, diejenigen zu begünstigen, denen keine Erbschaft und kein Legat gültig hinterlassen werden konnte. Gaius sagt ausdrücklich, die Entstehung der Fideicommissse sei dem Wunsche zuzuschreiben, den Peregrinen sein Vermögen zuzuwenden⁸⁶⁾. Justinian endlich gibt

85) De finib. 2, 17, 18, 3, 20.

86) II, 284, 285.

uns in seinen Institutionen genau die Zeit und die Weise an, in welcher den Fideicommissen ein gewöhnlicher Rechtsschutz gewährt wurde. Augustus zuerst wies die Consuln an, von ihrer Autorität Gebrauch zu machen, dass der Wille des Verstorbenen durch die Unredlichkeit der Fiduciare nicht vereitelt wurde. Vor ihm wurde also denjenigen keine Klage gegeben, denen die Erbschaft oder eine bestimmte Sache herausgegeben werden sollte, und Alles war der Gewissenhaftigkeit der Erben überlassen. Die Verordnung von Augustus, ebenso billig als populär, gewann eine so grosse Gunst, dass man bald nachher einem besonderen Prätor den Auftrag geben musste, über die Fideicommissa ausschliesslich zu erkennen⁸⁷⁾. Es ist einleuchtend, dass die Lehre dieses erst zur Zeit des Augustus positiv gewordenen Rechtsinstituts sich bloss in dem ersten Jahrhunderte des Kaiserreichs bilden und entwickeln konnte. Wie nun die republicanischen Juristen die Theorie der institutio heredis ex re certa einer anderen noch nicht rechtlich vorhandenen Theoria nachbilden konnten, ist meines Erachtens sehr schwer zu beweisen. Wir finden insbesondere auf den ersten Stufen der Geschichte des Rechts und der Procedur, dass auf die neuen Lebensverhältnisse immer die schon bekannten und gebräuchlichen Formen anderer Rechtsgeschäfte angewendet werden. Das ist im römischen Rechte überall ersichtlich, in der Bildung der prozessualischen Formeln, in den nach den alten und im praktischen Leben eingewurzelten Gebräuchen fingierten Rechtsverhältnissen⁸⁸⁾. Das kommt auch in Betreff der fideicommissarischen Restitution selbst vor; zur Regulirung der Verhältnisse zwischen dem Fiduciar und dem Fideicommissar wurden diese Stipulationen gewählt, die im Falle der Veräusserung einer Erbschaft oder eines legatum partitionis, zweier alten allgemein bekannten Geschäfte, statt zu

87) Inst. II, 23, 1.

88) Vgl. Ihering, Geist des r. R. II, § 46, III, § 58.

finden pfliegten. Haben wir denn nicht vielleicht in unserer Lehre selbst die Fiction eines prälegats gesehen, die offenbar aus dem alten Begriffe des Legats per præceptionem gezogen werden? Der Vortheil aber dieses formellen Conservatismus bestand gerade darin, dass die bei den neuen Geschäften und Verhältnissen angewendeten Formen und Begriffe schon alt und, so zu sagen, in dem bestehenden Recht naturalisirt waren. Wenn also auch die beiden Rechtsinstitute zu derselben Zeit ins Leben gerufen worden wären, so würde es dem Geist des römischen Rechts widersprechen, dass das Eine, welches noch im Werden war, gewählt worden wäre, um das Andere zu construiren. Es ist die Auffassung viel natürlicher, dass dieselben Stipulationen, welche bei der fideicommissarischen Restitution angewendet wurden, schon zu der Regulirung der Verhältnisse zwischen dem ex re certa Eingesetzten und seinen Miterben in dem iudicium familie eriscundæ im Gebrauch waren. Ausserdem ist eine Bemerkung von Neuner selbst richtig, dass eine solche Construction nur zur Zeit der erstarkten Fideicommissstheorie möglich war, d. h. als die Jurisprudenz anfang, stillschweigende Fideicommissse anzunehmen. Das entfernt aber die zwei Theorien der Zeit nach noch viel weiter von einander, und macht diese Vermuthung zu einer chronologischen Unmöglichkeit.

Es steht ihr aber nicht weniger die juristische Natur unseres Instituts und das Zeugniß der Quellen entgegen. Wir müssen zuerst die verschiedenen Rechtsmittel ins Auge fassen, wodurch die Ansprüche auf eine Erbschaft und auf ein Fideicommiss geltend gemacht wurden. Während die Erben ihre Klagen nach dem regelmässigen Formularprocess anstellten, konnten die Fideicommissare dem Consul oder Prätor in Rom und dem Präeses in den Provinzen, der im Wege einer ausserordentlichen Cognition entschied, nur einen Antrag machen⁸⁹⁾. Dieser in dem justinianischen Rechte gleich-

89) Gai. II, 278. 281. Ulp. 23, 12. Paul. 4, 1, 18. Dig. XXII 1, 3 pr.

gültige Unterschied ist, wenn man bis auf die Entstehung der Rechtsinstitute zurückgeht, höchst bedeutend. Die Theorie der *institutio heredis ex certa re* findet sich in der That noch auf dem Gebiete des alten *ius civile*, ist nur eine Folge der beiden alten combinirten Grundsätze der testamentarischen Autonomie zugeschriebenen Wichtigkeit und der Unvereinbarkeit der testamentarischen und Intestaterbfolge; und, wie öfters gesagt, sie nahm nur eine ganz untergeordnete Rücksicht auf den concreten Willen des Erblassers. Völlig verschieden ist die Natur des *Fideicommisses*: „*Fideicommissum est, sagt Ulpian, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis profiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*“⁹⁰⁾. Es entscheidet hier einzig und allein der Wille des Erblassers, und es muss uns nicht verwundern, dass dieser mit der Entwicklung des Instituts auf die kleinsten Anzeichen hin präsumirt wurde, dass keine Auslegung zu den, den Intestaterben auferlegten *Codicillen* führte. Die *civile* Erbeinsetzung und die *fideicommissarische* Restitution waren also durch ihre Entstehung, juristische Natur, ihre Form und durch das Gericht, vor welchem sie geltend gemacht wurden, ganz getrennt, und so bleiben sie es, wie aus der Darstellung von Gaius klar hervorgeht, in der ganzen classischen Jurisprudenz, bis endlich Justinian die beiden Gebiete nach dem Geiste seiner Gesetzgebung nivellirte. Demzufolge konnten die classischen Juristen nicht daran denken, die *Fideicommiss*theorie bei der Einsetzung *ex re certa* anzuwenden, denn die Analogie und Verwandtschaft der Rechtsinstitute war bei dieser Uebertragung durchaus nothwendig.

Neuner führt viele Stellen zur Unterstützung seiner Hypothese an. Er sagt, dass die Quellen immer ein stillschweigendes *Fideicommiss* in folgenden Fällen annehmen: 1. wenn der Erblasser dem Erben auferlegt, seine Portion

90) Fr. 25, 1.

„praecepta, deducta u. s. w. certa re“ herauszugeben⁹¹⁾ oder 2. ebenfalls seine Erbquote *‘contentus certa re’* zu restituieren⁹²⁾: 3. wenn sich der Erblasser in einem Testament oder in einem Codicill an den Erben bloss mit diesen Worten wendet *„contentus sis certa re pro portione hereditaria, pro omni hereditate, pro parte tua, pro hereditate quam tibi reliqui.“*⁹³⁾ Das alles ist vollständig wahr: in der classischen Jurisprudenz so wie in dem Pandektenrechte ist das Fideicommiss gültig und klagbar, nicht nur wenn der Erblasser sich mit präcativen Worten direct an den Erben gewendet, wenn er ihm unmittelbar die Person, welcher die Erbschaft herausgegeben werden soll, bezeichnet hat, sonderh auch wenn sein Wille aus unbestimmten Ausdrücken, aus irgend einem Umstand ermittelt werden kann, wie in dem von Papinian angeführten Falle, wo der Erblasser sich so ausgedrückt hat: *„Peto, Luci Titi, ut pro parte tua contentus sis centum aureis.“*⁹⁴⁾ Nun gut! Das beweist nur, dass das Institut der Fideicommiss gleich demjenigen der *institutio heredis ex re certa* das Mittel bot, einen Erben auf eine bestimmte Sache durch die Retention derselben zu beschränken; wer aber aus dieser Aehnlichkeit der Wirkungen auf die Identität der Natur und der Behandlung der beiden Acte schliessen wollte, der würde sich m. E. gewaltig irren. Zu einem solchen Schluss nämlich geben die Worte der Quellen selbst gar keinen Anhaltspunkt. In keiner der angeführten Quellen wird ein Beispiel, eine Analogie, eine Parallele, eine Andeutung aus den Fällen der

91) Inst. II 23, 9. Dig. V 3, 13, 6. XV 2, 1. 8. XXII 1, 3, 3. XXIII 1, 5, 15. XXX, 125. XXXI, 77. XXXII, 11, 3. 40, 1. XXXV 1, 43 pr. 2. 109, 2, 90 : 91 : 93. XXXVI 1, 1, 16 : 17 : 21. 27, 14. 39, 4, 56. 58, 3. 63, 3. 5, 6. 72. 78, 13.

92) Dig. XXXII, 11, 4. Cod. VI 36, 2. VI, 50, 11.

93) Cod. V 12, 2. Dig. XXXII, 27, 1. XXXI, 69 pr.

94) Vgl. Cujac. Comm. in quaest. Papin. I. 19 ad fr. 69 de leg. II und Comm. in tit. 1 de leg. II ad h. 1. und ad l. 86.

Erbeinsetzung *ex re certa* entlehnt. Das hat meiner Ansicht nach eine grosse Bedeutung: hätten die classischen Juristen und selbst Justinian irgend eine Verwandtschaft zwischen der *institutio heredis ex re certa* und der fideicommissarischen Restitution *deducta certa re* gesehen, so wären davon im *corpus iuris* mehrere Spuren geblieben. Die beiden Fälle dagegen werden von den classischen Juristen an verschiedenen Orten und in keiner Verbindung behandelt: diejenigen unserer *institutio* werden in dem Titel *de hered. instit.*, diejenigen der stillschweigenden Fideicommissa in den Büchern *de legat. et fideicomm.* dargestellt. Dass übrigens die römischen Juristen die beiden Lehren niemals vermischt haben, dafür besitzen wir einen unwiderlegbaren Beweis. Obgleich ich schon das Argument anführte, ist es dennoch in dieser Frage zu entscheidend, um nicht wiederholt zu werden. In der *lex 69 de leg. II* wird eine stillschweigende Restitution zu Gunsten der Intestaterben in den Worten angenommen: „*Peto pro hereditate quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis*,“ ja sogar in den einfachen Worten „*Peto, Luci, Titi, contentus sis centum aureis*“. Im ersten Falle unserer *institutio* dagegen, wenn nämlich ein einziger Erbe in eine *res certa* eingesetzt wird, ist von den Intestaterben keine Rede, sondern der einzige testamentarische Erbe bekommt die ganze Erbschaft. Wäre nun in der That die Lehre der *institutio heredis ex re certa* nach derjenigen der Fideicommissa gebildet worden, so hätte man in dieser Einsetzung mit logischer Nothwendigkeit ein stillschweigendes Fideicommiss zu Gunsten der Intestaterben sehen müssen. Es wurde von Neuner behauptet und von seinen Anhängern wiederholt „dass man sich nicht etwa für berechtigt halten darf, in der Einsetzung eines *solus heres ex re certa* schon immer ohne Weiteres ein stillschweigendes Universal-fideicommiss zu Gunsten der Intestaterben finden zu wollen; denn immer wird, um die Annahme eines solchen stillschweigenden Fideicommisses zu

rechtfertigen, vorausgesetzt, dass in der letztwilligen Disposition selbst spezielle Momente enthalten sind, aus denen mit Sicherheit die Person des Fideicommissars — sei dies nun der Intestaterbe oder ein Dritter erkannt werden kann.“⁹⁵⁾ Wozu aber diese Beschränkung? Offenbar um den Widerspruch mit dem ausdrücklichen Zeugnisse der Quellen zu vermeiden: juristische Gründe aber werden nicht dafür angeführt. Wenn man auf unsere Erbeinsetzung die Fideicommissstheorie anwenden will, muss man sie so nehmen wie sie ist. In dieser Theorie handelt es sich einzig und allein um Willenspräsumtion.⁹⁶⁾ Hat man angefangen zu präsumiren, so darf man nicht auf halbem Wege stehen bleiben: die römischen Juristen sind in der That in der Fideicommissstheorie bis zu den äussersten Consequenzen gelangt. Warum sollten sie nicht dasselbe für die Erbeinsetzung ex certa re thun? Was für Gründe sind denn vorhanden, um diese „speziellen Momente“ zu berücksichtigen? Wenn die blossen Worte: „Peto, L. Titi, contentus sis centum aureis“ hinreichen, ein Fideicommiss zu begründen, mit wieviel grösserem Rechte müsste man in der Einsetzung eines einzigen Erben ein stillschweigendes Fideicommiss zu Gunsten der Intestaterben anerkennen? Das Gegentheil aber findet deshalb Statt, weil die römischen Juristen, wie gesagt, die Sache aus einem ganz verschiedenen Gesichtspunkte betrachteten.

Es ist nicht sehr schwer, den Einwand, welcher uns bei diesem Punkte gemacht werden kann, vor auszusehen. „Es wird angenommen, dass in den Worten ‘contentus sis certa re’ ein stillschweigendes Fideicommiss enthalten ist. Justinian aber stellt in der const. 13 die ex certa re Eingesetzten Denjenigen gleich, die ‘contenti certis ex rebus

95) Vangerow, I. c. S. 150.

96) „Non enim quaeri oportet cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.“ Papin. in Dig. XXXI, 77, 26.

esse iussi sunt, und in der Nov. CXV, Cap. V bezeichnet er durch diese letzteren Worte offenbar auch die ex re certa Eingesetzten. Es muss also anerkannt werden, dass auch in diesem dritten Falle solcher Erbeinsetzung ein Testament zu Gunsten der Miterben vorhanden ist, dass folglich dieser Instituirte die Qualität und die Rechte eines Erben behält.“ Das veranlasst uns, hier das oben gegebene Versprechen zu erfüllen, nämlich die Verhältnisse der zwei durch das ‘vel’ getrennten und durch das ‘quos’ verbundenen Sätze der const. 13 zu bestimmen. „Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro suo institutione contenti esse iussi sunt.“ Es kann kein Zweifel darüber obwalten, dass der Kaiser durch diese letzteren Worte alle testamentarischen Verfügungen bezeichnen wollte, wo ein entweder ausdrückliches oder stillschweigendes Fideicommiss angenommen werden musste. Es genügt die oben angeführten Stellen der Pandekten und des Codex zu lesen und zu vergleichen. Was er überdies über Diejenigen, denen auferlegt wurde, anstatt ihrer Einsetzung, ihrer Portion u. s. w. mit einer bestimmten Sache zufrieden zu sein, verordnet, muss natürlich a fortiori auf Diejenigen angewendet werden, denen der Erblasser ausdrücklich die Restitution ihrer Quote an den Miterben anbefohlen hat. Aber zwischen dieser Annahme und dem Schluss, dass also in der Verordnung Justinian's die juristische Natur derartiger Verfügungen mit derjenigen der heredis institutio ex re certa identificirt wurde, ist eine so grosse Kluft, dass keine juristische Construction vermag, eine Brücke darüber zu schlagen. Wenn man dagegen den einfachen und natürlichen Sinn der Constitution erwägt, so wird es einleuchtend, dass der Kaiser die beiden Institute scharf getrennt und nur in ihren letzten Folgen und in der Weise, wie sie beide von nun an behandelt werden sollen, gleichgestellt hat. Wir haben schon entwickelt, wie unserer Ansicht nach der dritte Fall der Erbeinsetzung ex certa re zur Zeit der

classischen Jurisprudenz behandelt wurde und wie Justinian von diesen also Eingesetzten sagen konnte: 'quos legatariorum loco haberi certum est.' Es bleibt nun noch übrig, darzustellen, wie vor ihm die Verhältnisse zwischen dem Fiduciar, der seine Quote den Miterben mit Vorbehaltung eines gewissen Gegenstandes restituiren sollte, und diesen fideicommissarischen Erben regulirt wurden, und inwiefern die const. 13 diese Verhältnisse modificirte. Ueber diesen Punkt wurden uns glücklicherweise mehrere und genauere Nachrichten sowohl in den gaiischen als in den justinianischen Institutionen erhalten. Zur Zeit Justinian's war bekanntlich das Recht der Fideicommisses durch die beiden Senatsbeschlüsse, den Trebellianischen und den Pegasianischen, geregelt.⁹⁷⁾ Was uns hier hauptsächlich interessirt, ist die Art und Weise wie nach denselben der Fall zu entscheiden war, wenn Jemandem auferlegt wurde, seine Erbschaft oder seine Erbquote mit Vorbehaltung einer bestimmten Sache, 'praecepta retenta, deducta certa re' herauszugeben. Gaius selber sagt uns ausdrücklich, dass die Herausgabe nach dem Trebellianum Statt fand, wenn der Werth der res certa den vierten Theil der Erbschaft überstieg. „Si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero qui recipit hereditatem, ex senatus consulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte quam restituit, heres permanet, eique et in eum solidae actiones competunt: sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet.“⁹⁸⁾ Es fand hier also dieselbe Behandlung Statt, wie nach unserer Vermuthung

97) Gai. II, 253—259. Vgl. Inst. II, 23, 3—6. Ulp. 25.

98) II, 255. Vgl. Paull. IV, 2, 1.

durch die Stipulationen zwischen dem ex certa re Instituirten und den Miterben. Was aber den natürlich gewöhnlicheren Fall anbelangt, wenn die res certa weniger werth war als die quarta der Erbschaft, so kann sich nach den Worten von Gaius der Zweifel erheben, ob er unter die Bestimmungen des Pegasianum fiel, ob der Erbe alle onera hereditaria zu tragen hatte und welche Stipulationen zwischen ihm und dem Fideicommissar abzuschliessen waren. Denn Gaius sagt: „At si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatus consulto“⁹⁹⁾ und spricht in dem folgenden Paragraph nur von den Stipulationen, die in den Fällen, wenn der Erbe die quarta abzog, oder die ganze Erbschaft, ohne die quarta abzuziehen, herausgab, abgeschlossen werden sollten. Wenn man nun bloss auf die Worte Rücksicht nimmt, so würde man daraus schliessen müssen, dass das Senatusconsultum Pegasianum auch in dem Falle, wenn der Werth der res certa die quarta nicht erreichte und der Erbe von seinem Rechte keinen Gebrauch machte, zur Anwendung kommen musste. Das widerspricht aber beim ersten Blick jeder Regel der Billigkeit: man hätte in der That ein beneficium des Gesetzes (denn es war ein wichtiges beneficium, den Erbschaftsgläubigern, welche die ganze Zahlung verlangten, die Einrede des trebellianischen Senatusconsult entgegenzuhalten) Demjenigen versagt, der, wie die Juristen sagen, ‘plenam fidem defuncto praestare maluit.’ Gaius hat offenbar in seinem elementaren Buche nur den gewöhnlichen Fall ins Auge gefasst, wenn der Erbe, der mehr als die $\frac{3}{4}$, restituiren sollte, von dem Rechte die quarta abzuziehen Gebrauch machte. Ausserdem haben wir in den Digesten einige Stellen, aus welchen man trotz der Interpolationen des Titels ad SC. Trebellianum annehmen darf, dass auch die römischen Juristen sich in diesem Sinne entschieden. Das

99) II, 256.

kann besonders aus einer Stelle des zweiten Buches Fideicommissorum argumentirt werden, die so lautet: „Si quis maiorem partem restituerit, quam rogatus est, in eam partem, quae excedit, non transferuntur actiones; sed quum praecepta aliqua re aut summa rogatus sit heres restituere et omissa retentione totam hereditatem restituerit, recte dicitur transferri actiones.“¹⁰⁰⁾ Dieselben Billigkeitsgründe gelten offenbar für Denjenigen, der lieber den Willen des Erblassers erfüllt und sich auf die bestimmte Sache beschränkt. Wir können also viel weniger aus den hier corruptirten Quellen als aus der Natur der Sache selber ohne Bedenken annehmen, dass das Pegasianische Senatusconsult Nichts darüber bestimmte und dass die Jurisprudenz sich in solchem Fall für die Anwendung des Trebellianum entschied.

Wie nun die Herausgabe auch geschah, Eins ist gewiss, dass nämlich vor Justinian der Erbe, welchem die Herausgabe einer Erbquote mit Vorbehaltung eines bestimmten Gegenstandes auferlegt wurde, immer die Lasten und den Nutzen der Erbschaft im Verhältniss zu dem Werthe dieses Gegenstandes trug und beziehungsweise genoss. Das geht aus dem angeführten § 255 des zweiten Commentars von Gaius, und aus den Worten der const. 13 selber hervor. Sie hat nämlich, vor der in den Digesten unternommenen Verschmelzung der beiden Senatusconsulte, eine bedeutende Veränderung in der Stellung der Fideicommissare den Fiduciaren gegenüber für einen besonderen Fall verursacht. Indem der Kaiser durch dieselben Beweggründe, die schon in Betreff der institutio heredis ex certa re angedeutet worden sind, zu der Ueberzeugung geleitet wurde, dass am Ende die Absicht des Erblassers dahin ging, die Fideicommissare nicht zu Erben, sondern zu Singular-

100) Dig. XXXVI 1, 63, 3 Die anderen Stellen, die gewöhnlich angeführt werden, Dig. XXXV 2, 93. XXXVI 1, 1, 16. 30, 3. 45, XLII 8, 20 sind in der That nicht so entscheidend, weil voll offener Interpolationen

successoren zu machen; 'legatariorum loco haberi': so verordnete er, dass sie keinen Antheil mehr an den Erbschaftsklagen nehmen, dass alle sogleich activ und passiv an Diejenigen übergehen sollten, denen die Erbquote restituirt wurde, d. h. an die Miterben. Wenn nun schon vor Justinian der Fiduciar, dem der Erblasser eine certa res hinterliess, nur auf diese Sache, ohne einen proportionellen Antheil an den Erbschaftsklagen zu nehmen, beschränkt worden wäre, wie es nach den justinianischen Institutionen II 23, 9 geschieht, so wäre es unverständlich wie der Kaiser hätte sagen können, dass von nun an alle Erbschaftsklagen auf die gehörig Instituirten übergehen, dass diese von Denjenigen, die eine certa res zu retiniren hatten, keine Verminderung derselben Klagen erleiden sollten. Es ist also klar warum Justinian die beiden Rechtsinstitute in derselben Verordnung zusammenstellte: weil die Wirkungen der beiden testamentarischen Verfügungen, weil die Beweggründe für die Reform, weil endlich die Resultate derselben beiden gemeinsam waren.

Wenn man nun bedenkt, dass die const. 13 in das J. 529 fällt und folglich dem Anfang der Arbeiten der Commission für die Abfassung der Digesten wenigstens um ein Jahr vorausgegangen ist, so begreift man den Einfluss, den sie auf die Bearbeitung der Lehre von der fideicommissarischen Restitution im Allgemeinen ausüben musste, und die sonderbare Bestimmung des § 9 Inst. de fideicommiss. hereditatibus, erscheint in ihrem vollen Licht. Die natürliche Folge der Verschmelzung der zwei Senatusconsulte war, dass, ohne Rücksicht auf die Weise, wie die Restitution Statt fand und auf den Werth der zu restituirenden Sache, die Klagen 'pro rata portione' zwischen dem Erben und dem Fideicommissar vertheilt wurden.¹⁰¹⁾ Dieser allgemeine

101) Inst. II, 23, 7.

Grundsatz erleidet aber in dem § 9 eine Ausnahme. Während nämlich jene Vertheilung der Klagen im Falle der Abziehung der vom Pegasianum eingeführten und von Justinian beibehaltenen quarta eintritt, gehen dagegen alle Erbschaftsklagen an den Fideicommissar und gegen ihn über, wenn ihm auferlegt wird —, die Erbschaft — oder die Erbquote „deducta sive praecepta aliqua re“ herauszugeben: „in solidum ex eo Sc. actiones transferuntur et res, quae remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum manet quasi ex legato ei adhaesita.“ Was aber noch sonderbarer erscheint, es soll diese Wirkung auch in dem Falle eintreten, wenn „in una re, qua deducta aut praecepta restituere aliquis hereditatem rogatus est, maxima pars hereditatis contineatur,“ so dass „secum deliberare debet is, cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui.“ Eine solche offenbar inconsequente Bestimmung ist gewiss den beiden senatusconsulten fremd und muss als eine Ausdehnung der const. 13 auf alle Fälle der fideicommissarischen Restitution einer Erbschaft oder Erbquote angesehen werden. Es war in der That nothwendig, damit jede Antinomie in dieser Beziehung entfernt werde, entweder die vor einem Jahre erlassene Verordnung ausser Kraft zu setzen, oder eine Modification in der allgemeinen Lehre einzuführen. Diesen letzteren Weg schlugen offenbar die Compileren ein.

Das reicht meiner Ansicht nach hin, vollständig zu beweisen, dass kein Grund vorliegt, aus den Ausdrücken der justinianischen Verordnung auf eine Identität der juristischen Natur der beiden letztwilligen Verfügungen zu schliessen. Sie haben parallel nebeneinander, jede auf ihrem Wege und und mit ihrer besonderen Behandlung bestanden, und der Kaiser hat sie nur dadurch gleichgestellt, dass er beide zu Verfügungen titulo singulari herabgesetzt hat. Wenn am Schluss der Verordnung unter Denjenigen, welchen die Erbschaftsklagen versagt sind, nur die ex re certa Eingesetzten und in Cap. V der Nov. CXV nur die „qui certis rebus

contenti esse iussi sunt' genannt werden, so ist das nur der ungenauen Fassung dieser Gesetzgebung zuzuschreiben. Was übrigens die Nov. CXV betrifft, so könnte man sagen, dass da ein besonderer Grund vorhanden wäre, die so Bedachten vorzugsweise zu betonen. Da nämlich eine bloss formelle Erbeinsetzung verlangt war, um die Vorschrift dieses Gesetzes zu erfüllen, so war es viel leichter, eine Verletzung dieser Vorschrift in den Worten: „peto, L. Titi, contentus sis pro tua portione fundo Corneliano“, als in den anderen: „L. Titius in fundo Corneliano heres mihi esto“ zu finden. Es leidet übrigens keinen Zweifel, dass in diesem verstümmelten Ausdrucke „Si vero quidam heredes u. s. w.“ auch die Erbeinsetzung ex certa re enthalten ist. Die spätere Jurisprudenz hat die Sache nicht anders aufgefasst, was aus der Epitome novellarum von Julian, wo die Worte der Novella so wiedergegeben sind „si qui autem heredes scripti ex certis rebus iussi fuerint ut nihil amplius quaererent rel.“, klar hervorgeht. Was den allgemeinen Sinn des Cap. V anbelangt, so wiederhole ich nicht, was ich oben ausführlich dargestellt habe.

Neuner behält, wie schon gesagt, die Auslegung der const. 13 für den Schluss vor. Sie war das grösste Hinderniss auf seinem Wege, das er zwar umging, aber nicht zu beseitigen vermochte. Ich werde einige Argumente, wie dieses z. B., dass Justinian, wenn er gemeint hätte, diese Instituirten sollten nicht mehr als Erben angesehen werden, anstatt 'legatariorum loco' geradezu 'legatari' gesagt hätte, ganz übergehen. Glücklicherweise entkräftigt der Verfasser selbst in einer Anmerkung dieses Argument: als wenn wir uns in der ganzen Lehre nicht in einem Gebiete von juristischen Fictionen herumdrehten, als wenn wir nicht in der lex 76 de hered inst. „perinde atque sine ea re heres institutus esset“, in der lex 9, 13 h. t. „quasi sine partibus heredes“, in der lex 35 h. t. „fundos etenim vice praeeptionis accipiendos“ u. s. w. gelesen hätten. Er hat

jedoch den Sinn der Versagung der *actiones hereditariae* ganz gut verstanden und dargestellt. Wie er aber nach der Praemisse, dass jeder in einem Testament Bedachte, dem diese *actiones* fehlen, ein blosser *Singularsuccessor* ist, den Schluss ziehen kann, dass die nicht gehörig Instituirten nach der *const. 13*, die ihnen diese Klagen versagt, noch immer als Erben behandelt werden sollen, wird in keiner Stelle des langen *Capitals*, das Neuner darüber schreibt, bewiesen. Er sagt S. 403, man könne beim ersten Blicke behaupten, dass die Verordnung die unbeschränkt Eingesetzten zu alleinigen Erben erhoben, die beschränkt Eingesetzten dagegen zu einfachen Legataren herabgesetzt habe. Welches sind nun die Gründe, woraus er schliesst, „es sei jedenfalls gewiss, dass die letzteren auch in dieser *constitutio* wahre Erben bleiben“? — der Geist des römischen Erbrechts, die hohe Bedeutung der Erbenqualität, und das *Cap. V* der *Nov. CXV*!

Auf das Alles will ich nach dem Gesagten nicht zurückkommen: ich muss mich aber bei der Auslegung eines *Rescripts* von Severus und Antoninus noch etwas aufhalten, dass vielleicht mehr als jede andere Stelle Neuner zu seiner juristischen Construction geführt hat. Es lautet so:

„*Marcianus libro IV Institutionum. Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiam si ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt: cuius constitutionis verba retuli, quum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt. Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant,*

propter inserta fideicommissaria verba, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet.' Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.⁴¹⁰²⁾

Der Sinn des Rescripts bietet keine Schwierigkeit. Es zerfällt in zwei Theile. In dem ersten, der bis zu den Worten „facta non esset“ geht, wird der allgemeine Grundsatz vorangeschickt, dass ein Testament, worin ein einziger Erbe ex certa re ernannt ist, doch hinreicht, das frühere Testament aufzuheben. Diese Regel ist nur die logische Folge des anderen von Ulpian und Papinian ausgesprochenen Grundsatzes, dass nämlich die Einsetzung eines einzigen Erben coherede non dato durch die Wegstreichung der mentio rei geltend gemacht wird. In Folge dessen gewann natürlich das Testament, welches nach strengem Rechte vitios gewesen wäre, durch diese 'benigna interpretatio' volle Kraft, so dass es jede frühere Verfügung vernichtete. Der zweite Theil des Rescripts „sed teneri — dubitari non oportet“ beschäftigt sich offenbar mit dem concreten Fall, weswegen man sich an den Kaiser gewendet hatte. Das zweite Testament enthielt in der That eine ausdrückliche Erklärung der Erblassers, woraus seine Absicht hervorging, dass der Erbe die Erbschaft den im früheren Testament Eingesetzten mit Ausnahme der res certae herausgeben sollte. Das frühere Testament konnte nicht dadurch wieder ins Leben gerufen werden, denn es war schon durch das Zweite vollständig aufgehoben: nur die dort ernannten Personen bekamen die Erbschaft auf einem ganz verschiedenen Wege, durch eine fideicommissarische Restitution. Diese Bestimmung braucht keine weitere Erklärung. Der Erbe gibt seine Erbschaft nach den schon bekannten Regeln der Fideicommisses heraus, d. h. entweder nur 'praecepta certa re, contentus

102) Dig. XXXVI 1, 29. Die Stelle Maroian's ist mit wenigen Varianten in den Inst. II 17, 3 wiederholt.

rebus sibi datis' oder nach Abzug der sog. trebellianischen quarta. Mit diesen 'verba fideicommissaria' wird natürlich ein stillschweigendes Fideicommiss zu Gunsten der früheren Erben bezeichnet: gerade so wie in einem von Ulpian angeführten Falle, wo ein paganus, nachdem er ein zweites Testament errichtete, „fidei heredis“ committit, ut priores tabulae valerent“, und diese Worte als 'verba fideicommissi' angesehen werden.¹⁰³⁾

So wurde die Stelle seit Theophilus und den Basiliken¹⁰⁴⁾ bis auf die heutigen Juristen allgemein interpretirt. Neuner aber meint, auch in diesem Punkte von der communis opinio abweichen zu können, und in diesem Rescript eine allgemeine Regel und eine Unterstützung seiner juristischen Construction gefunden zu haben. Die Regel soll diese sein, dass die verba fideicommissaria nicht einmal in der ausdrücklichen Erklärung des Erblassers, sondern in der Erbinsetzung ex re certa allein für sich bestehen. Was die Entscheidungsgründe betrifft, so fängt er damit an zu sagen, der Ausdruck „propter inserta verba u. s. w.“ habe gar nicht die Bedeutung, dass der Erblasser ausdrücklich bestimmte, das frühere Testament solle seine Kraft behalten. Aus diesen Worten ergibt sich seiner Meinung nach der folgende Sinn: „denn die Beschränkung des Instituirten auf die res certa ist in dem vorliegenden Falle als fideicommissarische Worte enthaltend anzusehen, wodurch der Erblasser (stillschweigend) ausgesprochen hat, sein früheres Testament

103) Dig. XXVIII 3, 12, 1. Ulpianus libro quarto disputationum Si paganus, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset et in eo comprehendisset fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est: quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet, et cum haec verba sint fideicommissi, et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideicommissa, sed et libertates et heredis institutio “

104) XXXV, tit. 11, l. 29.

solle (im Uebrigen) fortbestehen.“ Der Leser wird dieses Argument selbst beantworten, indem er einen Blick auf das Rescript wirft, und es mit der angeführten l. 12 de ini. rupt. irr. fact. test. vergleicht. Ein zweites Argument sieht der Verfasser in den Worten Marcian's „quum alia quoque rel“, in dem Grunde, welcher den Juristen veranlasste das ganze Rescript wiederzugeben. Diese Worte bedeuten, dass man aus diesem Rescripte etwas Neues lernen kann: eine solche Erklärung hätte nun seiner Meinung nach keinen Sinn, wenn man die communis opinio annehme, denn es war ein zur Zeit dieser Kaiser schon durch die prudentium interpretatio eingeführter und anerkannter Grundsatz, dass die ausdrückliche Erklärung des Erblassers 'ut tabulae priores valerent' als Fideicommiss gelten sollte. Erstens aber bedeuten diese Worte Marcian's nicht gerade, dass das Rescript etwas ausserordentlich Neues enthält. Er will nur sagen, er gebe das ganze Rescript wieder, weil es ausser den Worten, die seinen Grundsatz bestätigen, noch andere, auf ein anderes Rechtsverhältniss sich beziehende Worte enthält. Die Stelle von Marcian ist aus dem IV. Buche seiner Institutionen, in welchem, so weit wir wissen, nur die Testamente besprochen werden, während das VIII. Buch von den Fideicommissen handelte.¹⁰⁵⁾ Die Bemerkung des Juristen ist also sehr natürlich: Er wollte in diesem Zusammenhang nur das sagen, dass ein späteres Testament das frühere immer aufhebt, auch wenn der Erbe ex re certa eingesetzt wurde. Der zweite Theil des angeführten Rescripts gehörte eigentlich nicht in das Gebiet der Testamente, sondern in das der Fideicommissstheorie: Marcian aber gibt auch diesen wieder, um anzudeuten, dass das frühere Testament obgleich es durch das spätere aufgehoben wird, dennoch auf indirectem Wege eine gewisse Kraft behalten kann. Nicht viel glücklicher als die grammatikalischen und

105) S. Leist, Versuch einer Gesch. der röm. Rechtssyst. Taf 2,

historischen Beweisgründe, sind diejenigen, die der Verfasser aus der juristischen Natur dieser letztwilligen Verfügung ziehen will. Er behauptet nämlich, es sei in der Erbeinsetzung *ex certa re* eine sehr grosse Präsumtion enthalten, dass der Erblasser sein früheres Testament aufrecht erhalten wollte. Ganz anders aber sehen die römischen Juristen die Sache an: nach ihnen sind zwei feierlich ausgedrückte Willenserklärungen, zwei Testamente mit einander ebenso unvereinbar als die Testat- und Intestaterbfolge. Ein Testament, das nach dem *ius civile* völlig gültig ist oder als solches angesehen wird, hebt von Haus aus das frühere auf.¹⁰⁶⁾ Von diesem Gesichtspunkte gingen die römischen Juristen aus, und die juristische Präsumtion konnte demgemäss keine andere sein als dass der Erblasser, indem er eine neue Willenserklärung errichtete, seinem früheren Testament jede Kraft entzog. Diese allein dem Geist des römischen Erbrechts entsprechende Präsumtion darf nur durch eine *manifestissima voluntas* des Erblassers aufgehoben werden.¹⁰⁷⁾ Diese *voluntas* kann nicht das frühere Testament wieder ins Leben rufen, was eine juristische Unmöglichkeit sein würde, sondern es wird bloss als ein *Codicill* berücksichtigt, insofern es die Personen bezeichnet, denen der Erbe restituieren soll. Fehlt dagegen eine solche ausdrückliche Erklärung in dem zweiten Testament, so bleibt Nichts übrig, als der allgemeinen Regel zu folgen, d. h. das frühere als null und nichtig anzusehen und den *ex certa re* Instituirten durch die *Detraction* der *rei mentio* zu der ganzen Erbschaft zu berufen.

Neuner findet endlich einen Beweis der Richtigkeit seiner Erklärung in den Schlussworten der Stelle in den Digesten: „*Et hoc ita intelligendum est, si non aliquod specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum,*“

106) *Gai.* II, 144. *Inst.* h. t. 2, *Dig.* XXVIII 3, 16.

107) *Vgl.* die schon angef. I. 69 de leg. II,

Er sagt, man habe sie bis jetzt nicht richtig erklären können, denn man wollte immer von der Idee ausgehen, dass das Rescript eine ausdrückliche Erklärung verlange: wenn dagegen angenommen wird, dass die Erbeinsetzung ex re certa allein für sich die Präsuntion eines stillschweigenden Fideicommisses zu Gunsten der im ersten Testament ernannten Erben zulässt, so wird es klar, warum der Jurist hinzufügte, dass diese Interpretationsregel immer dem ausdrücklichen Willen des Erblassers weichen muss. Es ist ganz überflüssig, die Frage aufzustellen, ob diese Worte aus den Institutionen von Marcian herrühren oder ob sie einer Interpolation der Compilatoren zuzuschreiben sind¹⁰⁸⁾, denn es bliebe noch übrig, die Interpolation selbst zu erklären. Ich glaube aber, dass sie sich ganz gut erklären lassen, ohne dass wir genöthigt sind, die Neuner'sche Meinung anzunehmen. Ich stimme mit ihm darin überein, dass auch die Erklärungen der Glossa ebenso wie die von Mühlbruch und Fein¹⁰⁹⁾ zu verwerfen sind. Die Glossa sagt ad h. l. Verb. specialiter; „id est nisi generali confirmatione excepit aliquam rem contentam vel relictam in primo testamento: vel si quid relictum in primo ademit et postea generaliter confirmavit primum.“ Fast ähnliche Auslegungen werden von den angeführten Juristen vorgeschlagen. Sie sind aber offenbar künstlich und gezwungen: wie Neuner richtig hervorhebt, handelt es sich hier nicht darum, zu wissen wie und wieviel der im zweiten Testament Eingesetzte restituiren muss, sondern ob er im Allgemeinen zu der Restitution verpflichtet ist. Werden diese Worte in ihrem natürlichen Sinn genommen, so bedeuten sie nur Folgendes: „Es muss eine solche Restitution Statt finden, wenn nicht das Testament ausdrücklich in verschiedener

108) Wie z. B. Faber annimmt in seinen Coniect. V, 19.

109) Glück's Comm. XXXVIII, 474. Fortsetz, XLIV, Abth. I, 177. A. 58.

Weise abgefasst ist, so dass die Absicht des Erblassers, dass die Intestaterben die Erbschaft bekommen, ausgeschlossen sei.“ Die Bemerkung nämlich ist meiner Ansicht nach nicht nicht auf den im Rescript betrachteten Fall beschränkt, sondern allgemeiner Natur. Der Fall, dass in dem zweiten Testamente die ausdrückliche Erklärung des Erblassers fehlt, ist demjenigen gegenüber, den das Rescript entscheidet, gerade ein ‘contrarium.’ Dass diese Schlussworte in den justinianischen Institutionen weggefallen sind, darf uns nicht verwundern: es kann bloss ein Zufall gewesen sein; es kann ferner sein, dass Theophilus den Grundsatz klar genug fand; wie wahrscheinlich aus demselben Grunde auch in den Institutionen das Wort ‘fideicommissaria’ hinter ‘verba’ fehlt. Denn was Neuner behauptet, dass nämlich Theophilus, als er in seiner Compilation an dieses Rescript gelangte, dieses Wort ‘fideicommissaria’ und die Schlussbemerkung Marcian’s sehr unbequem für seine vorgefasste Meinung fand¹¹⁰⁾ und sie absichtlich wegstrich, ist noch mehr als eine unbegründete Annahme. Wollten wir Vermuthungen aufstellen, die übrigens für die Entscheidung unseres Falles ganz unnützlich sind, so wäre es viel natürlicher anzunehmen, dass das Wort ‘fideicommissaria’ in dem Rescript und in den Institutionen fehlte und dass die Compileren der Digesten, indem sie die Stelle im Titel ad Sc. Trebellianum hineinbrachten, das Wort der grösseren Klarheit wegen hinzufügten.¹¹¹⁾

110) „... aus dem Standpunkte seiner eignen vorgefassten Meinung!“ S. 85.

111) Ich lasse andere schwächere Argumente des Verf. bei Seite. Die Constitutionen desselben Kaisers, die er zur Bestätigung seiner Auslegung und als Charakteristik anführt (Dig. XXX, 114, 14. 74. XXXV 1, 92. XLVIII 14, 48 pr. Inst. II, 26, 1.) sind Regeln für die Interpretation des Willens des Erblassers, die mit unserem Falle nichts gemein haben und den Sinn des Rescripts gar nicht ändern.

In dieser Weise gestattet sich also der dritte Fall der Erbeinsetzung *ex certa re* im justinianischen Rechte. Die Darstellung der ganzen Lehre wäre damit erledigt, wenn wir nicht noch einen Fall zu entscheiden hätten, dessen Betrachtung vielleicht mehr als jede andere Rücksicht darauf einwirkte, der Lehre, die in dem *ex certa re* Eingesetzten immer einen Erben anerkennt, Anhänger zu gewinnen. Quid iuris nämlich, wenn alle gehörig eingesetzten Erben in der einen oder anderen Weise fallen und nur der *ex re certa* Eingesetzte übrig bleibt? Kann dieser einen begründeten Anspruch auf die Erbschaft erheben, oder geht auch die Verfügung des Erblassers zu seinen Gunsten als ein Vermächtniss, mit dem Wegfallen der Erben verloren? Der Fall ist nirgends in den Quellen erwähnt und die Meinungen der Juristen haben sich auch hier getrennt. Diejenigen hatten natürlich keine Schwierigkeit, die in dem *ex certa re* Eingesetzten in jedem Falle einen wahren Erben sahen, welcher nur durch die Coexistenz anderer gehörig Instituirten auf die *res certa* beschränkt war —: fallen die letzteren weg, so wird nach der Behandlung des ersten Falles die *mentio rei* detrahirt und der Erbe zur ganzen Erbschaft berufen.¹¹²⁾ Von denjenigen Juristen dagegen, welche sich der Meinung des Accursius anschlossen, gingen Einige bis zu den äussersten Consequenzen und behaupteten, der *ex re certa* Eingesetzte bliebe auch in diesem Falle ein blosser Legatar, Andere, und die meisten nahmen die obige Entscheidung an. Man könnte nun geneigt sein, diese Lösung als einen Widerspruch enthaltend zu tadeln? man könnte nämlich einwenden, dass, wenn nach der *const. 13* der *ex certa re* Eingesetzte neben anderen Erben seine Erbenqualität verlor, diese in keiner Weise wieder auftauchen kann: dass diese Verwandlung eines Universal- in einen Singularsuccessor dem Geiste des römischen Rechts

112) Vgl. Neuner, 424.

widerspricht. Wer das behauptete, würde die ganze juristische Natur der Erbeinsetzung *ex certa re*, wie wir sie bis jetzt dargestellt haben, verkennen. Da die Juristen ihr die fehlende Geltung bloss zu dem Zweck verliehen, die testamentarische Erbfolge aufrechtzuerhalten, wenn sie die verschiedensten juristischen Fictionen zu Hülfe nahmen, um diesen Zweck zu erreichen, so würde sich im Gegentheil Derjenige dem Geist des römischen Rechts untreu zeigen, der in diesem Falle die Legatarsqualität hartnäckig beibehalten wollte. Es ist natürlich dass, sobald die Concurrenz aufhörte, auch der Grund verschwunden ist, warum das vorjustinianische Recht den *ex certa re* Instituirten auf die *commoda* und *incommoda hereditaria* nach dem Werthe der *res certa* beschränkte und das justinianische ihn in die Stellung eines Vermächtnissnehmers herabsetzte: er muss also als der einzige Erbe angesehen und *detracta rei mentione* zur ganzen Erbschaft berufen werden.¹¹³⁾ Es steht kein juristischer Grundsatz entgegen. Es handelt sich nämlich niemals um wahre Erben und wahre Legatäre, sondern stets um Personen, die bald *heredis*, bald *legatarii loco* sind; es ist also nicht nothwendig dass unser *ex re certa* Eingesetzter die Erbenqualität beibehalten hat, damit sie sich entwickeln und ausdehnen kann, wenn die Schranken der Concurrenz weggefallen sind.

113) S. Donell. *Comm. in Cod. Just. ad tit. XXIV, l. IV 6. de hered. inst. ad l. pen. Quoties.*



[illegible]

